ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

COMPILATE

DAL

PROF. ALESSANDRO DOVERI.

SECONDA EDIZIONE

ACCRESCIUTA PER NOTE DI CONFRONTO

COL CODICE CIVILE ITALIANO.

VOL. I.

FIRENZE.

SUCCESSORI LE MONNIER.

1866.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO

COMPILATE

DAL

PROF. ALESSANDRO DOVERI.

SECONDA EDIZIONE

ACCRESCIUTA PER NOTE DI CONFRONTO

COL CODICE CIVILE ITALIANO.

VOL. I.

FIRENZE.

SUCCESSORI LE MONNIER.

1866.

AGLI ALUNNI

DELLA SCUOLA D'ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO.

Pubblico di nuovo per comodo vostro il mio corso d'Istituzioni di diritto Romano, al quale ho fatto alcune correzioni ed aggiunte, e che ho sensibilmente accresciuto mediante note di confronto con l'attuale Codice Civile Italiano.

Credo opportuno di ripetere quello che io scriveva in fronte alla prima edizione, cioè che nel mettere insieme questo libro io non ho avuto la pretensione di comporre un'opera originale, utile ai progressi della scienza del diritto Romano; bensì di fare una compilazione la quale rappresentasse lo stato odierno della scienza medesima, e servisse di testo alle mie lezioni accademiche.[1]

Così in quest'edizione, come già nella prima, ho esposti gli elementi del diritto Romano col metodo che chiamano *sistematico:* non già per seguitare l'indirizzo omai dato all'insegnamento dalla comune degli istitutisti più recenti, sibbene perchè reputo che all'indole delle lezioni accademiche sia meglio confacente, riesca tedioso meno per gli uditori, e per dir tutto in uno, sia meglio accomodato ad un corso elementare di diritto Romano.

[1] Ho profittato in special modo dei lavori di Vinnio, Eineccio, Voet, Maynz Molitor, Burchardi, Savigny, Mackeldey, Haimberger, Marezoll, Puchta, Ducaurroy, Ortolan, Etienne, Machelard, Forti, Del Rosso. etc. etc.

E di vero per questo metodo facile è innestare senza troppo vistose commettiture le idee giuridiche puramente romane con quelle degli attuali cultori del diritto; le quali ultime, per la loro importanza pratica, non debbono essere omesse; riesce agevole attingere a tutte le fonti del diritto Romano alcune dottrine necessarie a conoscersi, e che nelle Istituzioni Imperiali o sono affatto omesse, verbigrazia, la dottrina del possesso, od ivi occorrono in germe soltanto, a mo' di esempio, la dottrina della dote.

Arroge che, mercè siffatto metodo, è dato altresì di esporre con opportuna brevità quelle teoriche che omai importano soltanto all' istoria del diritto. Per altra parte mi è sempre parso che il testo delle Istituzioni Imperiali non opponga tante nè sì gravi difficoltà a chi si fa a leggerlo, massime dopo avere avuto un insegnamento sistematico, da esigere un' interpretazione letterale continua, ed una perpetua esegesi.

Ho creduto ben fatto accoppiare, sebbene con parsimonia, al domma la istoria delle singole istituzioni, conciossiachè io vada persuaso che proficuo insegnamento del diritto in genere, non possa venir porto disgiuntamente da istoriche illustrazioni; e che ad addentrarsi nella ragione delle leggi novissime, faccia di mestieri conoscere le antecedenti, ed indagare i motivi della successione delle une alle altre; essendo vero anche in questo, che nel passato vuolsi trovare la spiegazione del presente, oltre che la norma dell' avvenire. Ma è in special modo in un corso di diritto Romano che, a mio giudizio, l' elemento istorico ha da trovare posto; perocchè non siavi legislazione che tanto quanto la romana abbia avuto riguardo nel suo progressivo svolgimento a non romperla recisamente col passato, a sodisfare alle esigenze nuove senza scompaginare l' ordinamento giuridico preesistente, ed invece a com-

mettere in bel modo, e per così dire, ad innestare il nuovo sul vecchio.

Ho aggiunto poi di gran cuore, alle Istituzioni di diritto Romano delle note di confronto col Codice Civile del Regno d'Italia, affinchè Voi, o giovani, abbiate argomento di riconoscere fino dal principiare dei vostri studi giuridici, che la monumentale legislazione, gloria precipua dei nostri più lontani maggiori, la quale da oltre due mila anni ha governato il mondo civile, è la perenne e copiosa sorgente onde il nostro Codice Civile, e tutti gli altri Codici odierni, derivano. Vero è bene che omai da ogni assennato si prosegue di ben meritato disprezzo la, non so se più insipiente o spudorata, affermazione di alcuni scrittori massime del secolo decorso, cioè che il tempo speso nello studio e nell' interpretazione del diritto Romano, meglio sarebbe stato impiegato studiando di formulare leggi nuove di pianta, giusta i dettami della pura ragione; quasi che il diritto Romano non fosse appunto la *ragione scritta;* e come se una legislazione potesse balzar fuori ad un tratto dalla testa di un uomo, come si favoleggiò di Minerva dalla testa di Giove; ed armata di tutto punto abbattere e conculcare l' antica.

Abbenchè siffatte utopie ai giorni nostri più non abbiano credito, pur tuttavolta, è doloroso a dirlo, ma è vero, in alcuni si intepidisce l' ardore per lo studio del diritto Romano privato, perchè dopo la compilazione di un Codice Civile, lo reputano troppo lontano dai bisogni della pratica.

Or bene, il confronto fra le leggi Romane ed il Codice Civile attuale vale a chiarire essere questo un pregiudizio; perocchè faccia manifesto che l' odierna sapienza legislativa non ha saputo nè potuto far di meglio, che togliere a modello il diritto Romano, ed in massima parte copiarlo; ed ove pei mutati costumi e per la diversa civiltà non ha

potuto tenerlo a guida, come è avvenuto, esempigrazia riguardo ai diritti di famiglia, non è per avventura riuscita pari al rimanente.

Il perchè gli studi del diritto Romano, lungi dall'aver rimesso della loro pristina importanza, sono rimasti gli indispensabili prolegomeni del Codice Civile; e non potrà mai sperare di divenire un vero giureconsulto chi dei giureconsulti romani non conoscerà a fondo le dottrine. A conferma di questo vero basti ricordare che migliori e più reputati interpreti dei Codici ammodernati, per confessione universale, riuscirono coloro che più erano addentro nella scienza del diritto Romano; dalla quale aiutati e sollevati, venne loro fatto le nuove leggi meglio degli altri sporre ed applicare.

Del Codice Italiano non ho commentato il disposto; ciò mi avrebbe portato fuori del mio programma; ma nei punti più oscuri, mi sono studiato di lumeggiarlo mercè il confronto dei *luoghi paralleli* del Codice stesso, e del diritto Romano.

Il bisogno stringente di compiere questo lavoro di confronto, con la massima sollecitudine, affinchè servisse subito di testo alle mie lezioni (le quali, come sapete, pei nuovi Regolamenti non debbono più limitarsi al puro diritto Romano, bensì debbono essere di diritto Romano confrontato col diritto Patrio vigente) mi ha tolto la possibilità di tornare riposatamente sul medesimo, e di emendarlo: ciò mi valga di scusa presso i discreti.

Comunque sia, io ho fiducia che Voi, o miei alunni, ai quali l'ho destinato, mi terrete conto, se non altro, della buona volontà; e questa sarà per me bastevole ricompensa.

Pisa, 15 novembre 1865.

ALESSANDRO DOVERI.

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO.

INTRODUZIONE.

SEZIONE PRIMA.

IDEE GENERALI INTORNO ALLA LEGGE E AL DIRITTO.

§ 1. La *legge* è una regola generale, obbligatoria, dipendente dalle relazioni degli esseri fra loro.

Le leggi sono: *fisiche* o *morali*. Le leggi *fisiche* hanno il loro principio in una necessità della *natura*; le leggi *morali* in una necessità della *ragione*. All' impero delle prime l'uomo non *può* sottrarsi, a quello delle seconde *può* ma *non deve* sottrarsi. Allorchè egli agisce in conformità della legge morale, egli agisce *rettamente*, *dirittamente*, o *con diritto*; come appunto nel comune linguaggio si dice andar diritto, rigare diritto, il tracciare una linea lungo una riga o regolo.

§ 2. Il perfezionamento è il fine della mondana esistenza dell'uomo, la preparazione al suo ultimo destino; ma il perfezionamento presuppone la conservazione.

Se fine della mondana esistenza dell'uomo è il perfezionamento, se questo presuppone la conservazione; perfezionamento e conservazione sono una legge morale per lui, alla quale deve obbedire.

Per obbedire a questa legge egli *deve* servirsi dei mezzi, che la natura gli offre, che l'attività della mente gli fa conoscere idonei a conseguire il suo fine, purchè non intrisecamente ingiusti. Ma se *deve* servirsi di quei mezzi, evidentemente ha da avere la *facoltà* di servirsene, e con l'adoprarli agisce *rettamente*, o con diritto.

Di fronte alla ragione che bandisce l'ordine dei mezzi al

fine, la volontà diretta al fine, deve sebbene libera, volere quei mezzi; e però deve conformarsi a quelli che la ragione le presenta. E nel conformarvisi essa va *diritto* al fine, al quale naturalmente tende, e però è *retta* o *diritta,* e dicesi *diritto* o *retto* l'atto con cui vi tende.

Laonde l'uomo servendosi dei mezzi, che la natura gli offre, che la ragione gli fa ravvisare intrinsecamente giusti, e necessari a raggiungere il suo fine, agisce *rettamente,* o con *diritto,* ed ha la facoltà di servirsene perchè quei mezzi sono necessari a raggiungere quel fine, e purchè quei mezzi non abbiano nulla di intrinsecamente ingiusto.

Questa *facoltà* essa stessa si chiama *diritto*, perchè esercitandola, l'uomo agisce *rettamente* o *con diritto.*

La voce diritto è voce d'ordine morale; germoglia la prima idea di diritto nel senso morale, perocchè deriva dall'operare diretto al fine essenziale della umana natura. Di qui discende, che l'idea di diritto è concepibile soltanto nelle relazioni fra esseri intelligenti. Applicarla ad esseri materiali o irragionevoli, tutti sentiamo quanto sia assurdo. Chi direbbe che il torrente ha diritto di inondare le campagne, o la grandine di disertarle?

La voce diritto implica l'idea di *potere.* Quando diciamo che abbiamo *diritto* di fare delle cose nostre quello che più ne aggrada, intendiamo dire che abbiamo il *potere* di disporne in quella guisa.

Ma il *potere* presuppone una *forza.* Se dunque il diritto è un potere, conviene che presupponga una forza. Ma qual forza? Forse la *fisica?*

La riflessione dice a tutti che il diritto non presuppone necessariamente la forza fisica, anzi che talora fra diritto e forza fisica può essere opposizione. Ed in vero; il crassatore può avere in sua balìa, nella sua forza un viandante, ma non ha diritto di ritenervelo. Il viandante ha diritto di recuperare la sua libertà, ma può non avere la forza fisica di farlo. Può esistere dunque diritto senza forza fisica, come forza fisica senza diritto.

Or bene, se è vero che il diritto presuppone una forza, e se il diritto non presuppone una forza fisica, presupporrà una *forza morale;* giacchè in natura esistono due sole forze: la fisica e la morale; la fisica che agisce sui corpi, la morale che agisce sugli spiriti. Aver diritto significa dunque aver una forza morale, un

potere sugli spiriti. Ma in qual modo si agisce sullo spirito? Sulla intelligenza agisce la *verità,* sulla volontà il *bene.* Laonde il diritto è un potere fondato sul *vero* e sul *bene.* Potere che agisce sulla intelligenza, perchè essa deve assentire al vero; sulla volontà, perche deve volere il bene. Ognorachè noi dimostriamo all'altrui ragione la connessione dell'azione nostra col nostro ultimo fine, altri non può fare a meno di rispettarla e di non opporsi alla medesima.

Il diritto, abbiamo detto, non presuppone la forza fisica, ma il diritto ha legittimamente al suo servizio la forza fisica, ossia la *coazione.* La forza fisica, adoperata a far valere il diritto, è legittimamente adoperata, quando non vi è altro mezzo per farlo rispettare. È infatti consentaneo alla ragione che l'uomo difenda le sue facoltà, le quali sono mezzi necessari e giusti per conseguire il fine impostogli dalla legge morale, e che si valga a quest'uopo anche della forza fisica, quando non possa altrimenti esercitarle. Quest'uso della forza è talvolta necessario; quest'uso della forza non ha nulla di intrinsecamente ingiusto, quando sia diretto a respingere l'offensore nei giusti limiti dell'uso della propria libertà. E se per l'uso di questa forza fisica mal ne incoglie all'offensore, è consentaneo alla giustizia morale che costui che mal fece, soffra male.

Il diritto essendo fondato sul vero e sul bene, è evidente che non vi può essere facoltà o diritto di far cose moralmente male. Ciò che è moralmente bene, essendo protetto dalla legge morale, evidentemente il diritto è protetto dalla legge morale.

Da questa compendiosa analisi dell'idea di diritto si raccoglie, che esso è « *una facoltà di operare tutto ciò che è necessario a far conseguire all'uomo il suo fine, facoltà protetta dalla legge morale, e che ha al suo servigio la coazione.* »

§ 3. L'idea di diritto nasce da quella di dovere, imperocchè il dovere è una obbligazione imposta dalla legge morale, ed il diritto è la facoltà o il potere di valersi dei mezzi necessari a compiere quel dovere.

Il diritto, che l'uomo ha di procurarsi ciò che è necessario alla sua conservazione, è fondato sul dovere di conservarsi. Egli ha diritto di acquistare, perchè senza acquisto non potrebbe convenientemente provvedere ai suoi bisogni, ai quali deve provvedere. L'esame di tutti i nostri diritti, ci fa chiaramente riconoscere

che si fondano tutti su di un dovere; ed è questo fondamento del diritto che ci autorizza a difenderlo. Al cessare del dovere, cessa il diritto che su quel dovere si fonda. Il padre ha diritto alla obbedienza del figlio, finchè il figlio ha il dovere di obbedirlo. Niuno direbbe che l'uomo ha il diritto di difendersi dalle fiere, e che difendendosi da quelle esercita un diritto; perchè le fiere, non hanno il dovere di rispettarlo.

Ma non ad ogni dovere corrisponde un diritto, mentre ad ogni diritto corrisponde un dovere.

Ad ogni diritto corrisponde un dovere, perchè il diritto sarebbe illusorio se non esistesse in altri l'obbligo di rispettarlo. Il diritto è diritto appunto perchè è *inviolabile*.

Non ad ogni dovere corrisponde un diritto. I doveri puramente morali, che si compendiano nella formula *giovare altrui*, non hanno corrispondenza di diritto in altri. Sono doveri puramente *etici*, ed appartiene alla morale od all'etica la sanzione dei medesimi.

I doveri, ai quali corrisponde per l'altra parte un diritto, chiamansi, per contrapposto a questi, *doveri giuridici.*

I doveri giuridici, i quali si compendiano nella formula *non nuocere ad altri*, non solamente hanno una sanzione morale, ma eziandio giuridica. Di questi si può esigere l'adempimento mediante la coazione, non così dei doveri puramente morali.

Dall'idea di diritto nasce spontanea l'idea di giustizia. Un animo retto ama l'ordine in sè e negli altri, e per conseguirlo ha la volontà abituale di rispettare gli altrui diritti, di compiere i doveri correlativi. *Questa volontà abituale di far sì che al diritto corrisponda l'adempimento del dovere*, dicesi *giustizia.*

Data la nozione del diritto, vediamo quali condizioni sono necessarie affinchè questa idea si svolga nella mente dell'uomo.

§ 4. Condizione necessaria a quello svolgimento è la società. Ed in vero, supponiamo l'uomo isolato, solo nello universo. Egli non troverebbe altri ostacoli alla soddisfazione dei suoi bisogni, se non che nella resistenza degli oggetti esteriori; la sua volontà sarebbe limitata soltanto dalla sua potenza. L'ostacolo che egli trovasse nella resistenza degli oggetti esteriori, o deriverebbe da una forza superiore alla sua, o da forza inferiore. Nel primo caso egli dovrebbe soggiacere; nel secondo trionferebbe; ma in niuna di queste due ipotesi, egli formerebbe il concetto di diritto. Nell'idea

di diritto noi ci rappresentiamo sempre una facoltà, che possiamo esternamente esercitare con la certezza che nessuno possa farci una ragionevole opposizione, la quale ove ci fosse fatta, potrebbesi da noi con la forza fisica respingere. Di fronte ad esseri irragionevoli, come formarci quella rappresentazione? È solamente per remuovere ostacoli che all'uomo oppongono esseri al pari di lui ragionevoli, che egli concepisce l'idea di diritto ed invoca il diritto; perchè soltanto costoro possono intendere la conformità dell'azione eseguita da lui con la legge morale, e convintisene, desistere dal contrastargli. Unicamente sopra esseri dotati di intelligenza e di volontà può agire la *verità* ed il *bene*, fondamenti del diritto.

Il Rosmini nella sua Filosofia del Diritto sostiene, che l'uomo anche solo sulla terra avrebbe potuto concepire l'idea di diritto. Egli crede che gli basterebbe l'idea della possibile coesistenza di altri uomini, per formarsi quel concetto. Ma questo è un fare dell'uomo primitivo un filosofo speculatore capace delle maggiori astrazioni. Bisogna invece concepirlo come avente idee soltanto determinate dalla materiale presenza delle cose esteriori, e fra queste non essendovene alcuna capace a fargli formare quel concetto, vuolsi ritenere che la convivenza con altri uomini sia necessaria allo svolgimento del medesimo.

§ 5. Fin qui abbiamo esaminato il diritto nella sua *fase psicologica*, dobbiamo ora vederlo nella sua *fase sociale.*

L'uomo non è destinato a rimanere solo sulla terra. Egli è ***socievole*** come ***intelligente*** e ***sensibile.*** Il suo stato naturale è la società, perchè è soltanto per questa che gli è dato provvedere efficacemente alla sua conservazione ed al suo perfezionamento.

Non il più forte fra gli animali della creazione, egli non varrebbe a resistere agli assalti di quelli meglio di lui provvisti di mezzi offensivi e difensivi, se non avesse negli altri uomini un aiuto ed un soccorso. Isolato, la meravigliosa facoltà della parola non avrebbe esercizio; non esercitata, le sue facoltà intellettuali non conseguirebbero quello svolgimento del quale sono suscettive. Solo, la sua esperienza piccoli ammaestramenti varrebbe a procurargli; perocchè la vita umana sia un istante nel tempo, ed egli occupi un atomo nello spazio, e dalla altrui esperienza nessun profitto gli sarebbe dato ritrarre. Inariditi sarebbero dunque i fonti delle sue cognizioni, cioè la ragione e la tradizione.

Avere attitudini che senza il consorzio non si svolgerebbero, bisogni fisici e morali che soltanto per quello convenientemente si soddisfano: sono questi argomenti irrecusabili dell'umana socievolezza.

Si aggiunga che la società è un fatto tanto *universale* e *costante*, che non può essere spiegato, se non riconoscendolo qual legge dell'umana natura. L'uomo dunque è animale *socievole*, e non può essere considerato se non che in società coi suoi simili. Ora nella vita sociale sebbene si svolgano in lui le idee di diritto, di dovere, di giustizia, sebbene queste idee oltre che una sanzione morale abbiano una sanzione religiosa, ed una sanzione nell'interesse (che esso pure ci consiglia a non offendere gli altri affinchè essi non offendano noi); tuttavolta spinto dalla sua intemperanza, egli violerebbe cosiffatte sanzioni, invaderebbe l'altrui sfera di attività, violerebbe il diritto, calpesterebbe il dovere. Di qui deriva il bisogno che esista nella società una forza che costringa ciascuno al rispetto degli altrui diritti, all'osservanza dei propri doveri, che faccia regnare la giustizia, ed il bisogno che questa forza risieda in una superiorità generalmente riconosciuta, e forte abbastanza per ottenere obbedienza

Quindi sorge il potere sociale, la sovranità, e la società naturale si trasforma in società politica.

La legittimità di questo potere sociale non deriva dalla volontà degli uomini associati, ma dalla necessità di sua costituzione ed esistenza, e dalla legittimità del suo fine.

Se è vero che la Divinità creava l'uomo socievole, se la società non può esistere senza potere sociale che mantenga l'ordine, giuocoforza è concludere che esso ripeta la sua esistenza dal volere provvidenziale.

Destinato a mantenere l'ordine, il potere sociale consegue questo fine dichiarando prima i doveri ed i diritti degli uomini associati, imponendo poi l'osservanza ed il rispetto delle sue dichiarazioni, e costringendo le volontà refrattarie. Esso si dirige prima alla intelligenza ed è *legislativo*, poi alla volontà ed è *coattivo*.

In quanto è legislativo, fa *evidenti* i diritti che gli uomini hanno, li *riconosce*, li *dichiara*, li *sanziona*. In quanto è coattivo, dà loro efficacia e ne procura il rispetto.

Il potere sociale non crea i diritti. Essi esistono avanti le sue

dichiarazioni, e le sue sanzioni; sono insiti alla natura dell' uomo, e perciò si chiamano *naturali.* Egli si limita a trasformarli in diritti *civili* o *positivi.*

Ed ecco come i diritti *naturali*, che da primo sono protetti solamente dalla *legge morale,* divengono *diritti civili* o *positivi* e sono protetti dalla legge civile o giuridica; conciossiachè le dichiarazioni, i precetti del potere sociale abbiano il nome di leggi civili o giuridiche.

Queste leggi non han da essere arbitrarie; debbono essere calcate su quella legge primitiva, dalla quale vedemmo discendere i diritti naturali, perchè il legislatore non ha facoltà se non che di rendere evidente ed efficace quella legge primitiva.

Promulgata la legge civile o giuridica, le parole *diritto* e *giustizia* assumono anche un altro significato.

Diritto, diviene eziandio la *facoltà protetta dalla legge giuridica di avere, di fare, o di pretendere una qualche cosa.* Giustizia la *abituale volontà di uniformare le libere ed esterne azioni col prescritto delle leggi vigenti.*

§ 6. Noi abbiamo parlato del diritto, ma considerato sempre come facoltà di agire, come *facultas agendi.* È questo il significato subiettivo della voce diritto. Ma quella voce ha un significato anche obiettivo, nel quale stà ad indicare una norma di agire, *norma agendi.*

Abbiamo detto che il potere sociale emana delle leggi civili o positive o giuridiche che dir si vogliano, le quali sono norme e regole di condotta pel cittadino.

Ora queste norme, queste regole, considerate nel loro complesso, vengono pure designate col nome di diritto. Ed è questo il significato obiettivo della voce diritto; ed è in cotal significato che parliamo di un diritto Romano, di un diritto Francese, di un diritto Patrio e via discorrendo, volendo cioè indicare il complesso delle norme che regolavano i negozi giuridici presso i Romani, che li regolano in Francia, nella patria nostra, ec.

Ancora nel significato obiettivo della voce diritto, può distinguersi il diritto, in diritto naturale, ed in diritto positivo o civile: cioè si può distinguere il complesso delle norme derivanti dalla legge morale, ed il complesso delle norme derivanti dalla legge giuridica.

§ 7. Abbiamo detto che l'idea di diritto sorge nella convi-

venza di più uomini, in una parola nella società, la quale presuppone sempre la relazione dell'uomo con l'uomo, e che la società presuppone un potere costituito, un governo.

Noi abbiamo dunque due termini di relazione: *uomo, potere costituito* o *governo.* Combinando fra loro questi due termini, occorrono 3 specie di relazioni.

1. Dell'uomo con l'uomo.
2. Dell'uomo col governo.
3. Del governo col governo.

Solamente nella *prima* di queste combinazioni occorrono degli elementi *puramente privati;* nelle altre due occorre un elemento pubblico, perchè il governo entra fra i termini di relazione.

a) Le relazioni fra uomo e uomo sono rette dal *diritto privato.*

b) Le relazioni fra uomo e governo dal *diritto pubblico interno.*

c) Le relazioni fra governo e governo sono rette dal *diritto pubblico esterno.*

Spieghiamo queste formule compendiose.

L'uomo vive coi suoi simili in società, la quale è governata da un potere sovrano. In questa condizione egli ha delle relazioni di interesse civile o privato con gli altri cittadini. Il complesso delle regole che governano queste relazioni, costituisce il *diritto privato* o *diritto civile.* Le sue relazioni col potere sovrano sono rette da norme, che nel loro insieme costituiscono il *diritto pubblico interno.* Ma non esiste una sola associazione di uomini sotto un solo potere costituito, non esiste insomma un solo Stato, una sola nazione. Esistono invece più Stati, più nazioni, le relazioni fra le quali sono rette da regole, il cui complesso, prende il nome di *diritto pubblico esterno*, o *diritto internazionale*, o *delle genti.*

Riepiloghiamo: capitale distinzione del diritto è quella di diritto pubblico e di diritto privato. E il diritto pubblico si suddistingue in diritto pubblico esterno, e in diritto pubblico interno.

A) Al diritto privato o civile, del quale noi dobbiamo esclusivamente occuparci, appartengono le leggi che fissano lo stato civile o la condizione delle persone, i diritti di famiglia; le leggi che determinano i modi diversi di acquistare, di trasferire, di tra-

smettere la proprietà privata; le leggi che regolano le forme e l'effetto delle obbligazioni, e dei contratti fra i privati.

Nell'esporre il diritto civile o privato, è costume di separare le disposizioni riguardanti tutti i cittadini indistintamente, da quelle che riguardano una sola classe di essi, e certe loro speciali relazioni. E la legislazione stessa presso i moderni popoli fa essa pure questa separazione. Così, a modo di esempio, si sogliono distinguere le leggi civili private che regolano gli affari di diritto fra i cittadini non commercianti, da quelle che regolano i negozi giuridici fra i commercianti; ed in molti Stati esiste un codice commerciale distinto e separato dalle leggi civili; quindi sorge la distinzione del diritto privato o civile, in diritto civile propriamente detto in contrapposto al diritto commerciale; distinzione, a vero dire, fondata più presto sopra una ragione di metodo, che sopra una reale opposizione di principii.

B) Il diritto pubblico interno comprende:

1. Il diritto politico o costituzionale.
2. Il diritto amministrativo.
3. Il diritto criminale.
4. Il diritto di procedura.

1. *Il diritto politico o costituzionale* regola la forma di governo, ossia la costituzione dello Stato, vale a dire le relazioni fra il potere sovrano ed i sudditi. Determina in chi è riposto lo esercizio del potere; se, e qual parte vi abbiano i cittadini; a quali norme quest'esercizio è sottoposto; ed in qualche Stato, con quali combinazioni il rispetto e la osservanza di quelle norme sono guarentiti.

2. Il *diritto amministrativo* è quello che organizza e regola l'azione del potere esecutivo.

3. Il *diritto criminale* appartiene anch'esso al diritto pubblico interno, perchè esso è la collezione di tutte le leggi esistenti in uno Stato, intese a conseguire la conservazione dell'ordine interno del medesimo. Il diritto di comminare una pena, di giudicare, di punire, suppone necessariamente superiorità per una parte, inferiorità per l'altra; laonde relazione fra potere sovrano e sudditi.

4. Il *diritto di procedura* è quella parte del diritto, che contiene le regole in vigore in uno Stato, risguardanti il modo di procedere in giudizio. Governa in primo luogo l'ordinamento dei tri-

bunali che esistono nel paese, considerati quanto alla loro gerarchia, ossia, quanto ai loro diversi gradi o istanze, quanto alla loro competenza o giurisdizione; in secondo luogo la forma e la serie degli atti giudiciarii.

La procedura può essere civile, commerciale, penale, secondo che procedesi in un giudizio civile, commerciale, o criminale.

Il *diritto pubblico esterno* o *diritto internazionale*, o anche *diritto delle genti*, giacchè con tutti questi nomi esso viene indicato, abbiamo detto esser quello che regola le relazioni esterne di uno Stato con gli altri.

Nell'ammettere questo diritto si parte dall'idea che esistano fra gli Stati, come fra i cittadini privati di uno Stato medesimo, delle relazioni giuridiche, in virtù dei principii stabiliti dal diritto naturale e sanzionati dalla consuetudine, e talora in virtù di accordi internazionali scritti. Tuttavolta, è forza confessarlo, questo diritto è più una pura teorìa che un fatto; teorìa nella quale gli Stati più deboli credono trovare protezione contro i forti. Ma pur troppo la esperienza insegna, che un diritto il quale non ha sempre al suo servizio la coazione, è più presto del dominio della scienza che della pratica della vita.

Tali sono le principali partizioni del diritto. Non abbiamo parlato del diritto canonico o ecclesiastico, perchè esso regola la società religiosa, e noi ci occupiamo della civile.

Le nozioni che si riferiscono al diritto, sono obietto della scienza del diritto, ossia della *giurisprudenza*.

§ 8. Il diritto naturale, poco sopra da noi distinto dal diritto positivo o civile, è uguale per tutto e immutabile, perchè i principii razionali, dai quali deriva, sono universali e costanti, non variano, nè si alterano per mutare di luoghi o per decorrere di tempo. Il diritto *positivo* non è lo stesso presso i diversi popoli, perchè i differenti legislatori nel tradurre il diritto naturale in diritto positivo, lo modificano, lo atteggiano diversamente, a seconda dei bisogni locali e dell'indole dei popoli, pei quali dettano le loro leggi.

Il diritto positivo di un popolo, essendo essenzialmente istorico, deve per necessità resultare da fatti istorici, vale a dire da fatti pei quali si manifesta o la volontà collettiva del popolo riunito in società civile, o la volontà del supremo legislatore, intorno a ciò che deve valere come regola o norma di diritto positivo.

Modi di manifestazione di cosiffatta volontà sono: 1° la legge, 2° la consuetudine.

I. — La Legge.

§ 9. La *legge* è un *precetto emanato dal potere legislativo nello Stato, precetto al quale i sudditi debbono obbedire.*

Le leggi compongono il diritto positivo, che chiamano *scritto.*

A volere che la legge obblighi, è necessario, che nella medesima concorrano questi tre estremi:

a) Potestà in chi l'emana.

b) Forme solenni che l'accompagnino.

c) Promulgazione.

a) ***Potestà in chi l'emana.*** In chi risieda la potestà legislativa; in quali circostanze, e con quali regole debba essere esercitata, sono queste questioni, la risoluzione delle quali dipende dalla costituzione speciale di ogni Stato, questioni che appartengono al diritto pubblico interno, e però fuori del nostro campo.

Solamente diremo, che il potere legislativo è parte sostanziale della sovranità.

b) ***Forme solenni*** debbono accompagnare la pubblicazione di una legge, perchè i sudditi possan conoscere con certezza che la legge pubblicata deriva dalla volontà sovrana. Tali forme solenni sono p. e. la firma del sovrano, quelle dei ministri, i loro suggelli ec.

c) ***Promulgazione.*** Affinchè la legge obblighi, deve essere portata a cognizione pubblica. Il solo volere interno del potere sovrano, come quello che non può essere conosciuto, non è legge, non ha di legge l'efficacia e la forza. L'atto col quale in uno Stato l'autorità sovrana o legislativa, che dire si voglia, rende pubblica una legge, ossia la porta a cognizione di tutti, dicesi ***promulgazione.*** [1] Varii possono essere i mezzi coi quali la legge è

[1] Gli scrittori odierni di diritto pubblico distinguono la *promulgazione* di una legge dalla *pubblicazione* della medesima, cioè distinguono l'*ordine* o *il decreto della promulgazione* dalla maniera con la quale la legge è portata a notizia comune, ossia dalla *effettiva pubblicazione.* (Vedi Merlin, *Repert. p. Loi.* § 4) — Questa distinzione occorre nell'art 1 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpetrazione ed applicazione delle leggi in generale*, che precedono il Codice Civile Italiano – ivi – « Le leggi *promulgate dal re*, divengono obbli- » gatorie in tutto il regno nel *decimo quinto giorno* dopo quello della loro *pub-*

promulgata, e variano a seconda dei luoghi e dei tempi. La scrittura era presso i Romani il modo più frequente e consueto di promulgazione; ma non l'unico, come chiaro apparisce dalla etimologia della voce *edictum*, la quale significa ciò che è detto, ciò che è pronunziato o articolato apertamente fra tutti.

Oggi presso tutti i popoli civili si suole adoprare la stampa e l'affissione, o la inserzione nei giornali ufficiali. Un tempo si usava far leggere o gridare le leggi da un pubblico banditore, onde il nome di *grida* o *bandi*, che vediamo adoperato a significare molte disposizioni legislative. Ma qualunque sia il mezzo col quale la legge viene promulgata, quello che importa si è, che quel mezzo consista in atti *sensibili*, *sufficienti* a recare nel popolo la notizia della legge. Alla promulgazione della legge non può supplirsi per alcuna finzione legale.

§ 10. L'efficacia della legge comincia immediatamente dopo la sua promulgazione, ammenochè il legislatore stesso non abbia dichiarato, che debba avere forza da un termine più remoto.

La legge acquistando forza solo dal momento della sua promulgazione, regola unicamente il futuro. *Non ha effetto retroattivo.* Il passato non è più, e le sfugge; ed il presente diviene passato, solo che ci fermiamo a considerarlo.[1]

Giustiniano con la Novella 66, in materia testamentaria, aveva fissato, che la legge cominciasse ad aver forza solamente due mesi dopo la promulgazione, quando la legge stessa non stabilisse una epoca diversa. Questa disposizione, che fu generalizzata da alcuni interpreti del diritto romano ed estesa a qualunque maniera di legge, è considerata come abrogata dall'uso contrario, eziandìo nei luoghi ove il diritto romano vige tuttora.

Gli atti, i fatti che hanno avuto il loro *compimento*, non possono da una legge sopravvenuta essere impediti nei loro effetti legittimi. Quando hanno prodotto un diritto, quando taluno ha quel diritto acquistato, la legge non potrebbe distruggerlo senza contradire alla sua missione che è di dichiarare, di sanzionare,

» *blicazione*, salvo che nella legge *promulgata* sia altrimenti disposto — La
» *pubblicazione* consiste nella inserzione della legge nella raccolta uffiziale delle
» leggi e decreti, e nello annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta Ufficiale*
» *del regno*. »

[1] « La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retro-
» attivo. » (Artic. 2. delle cit. *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*).

di proteggere i diritti, non di distruggerli. (Vedi Del Rosso, *Diritto Romano privato attuale.*)

Nè importa che dei diritti acquistati sia giunto il tempo dell'esercizio. I diritti già acquistati, sebbene non sia ancora giunto il tempo del loro esercizio, non possono essere distrutti dalla applicazione di una nuova legge. (Vedi PUCTA, *Inst.*, *tit.* 1, § 18)

È dunque da osservare all'epoca dell'acquisto del diritto, e non a quella dell'esercizio del medesimo.

§ 11. *I fatti pendenti* e non compiuti, che per non essere compiuti non hanno prodotto un diritto, possono per una legge mancare di quell'effetto che se ne sperava; perchè un fatto incompiuto o pendente che dir si voglia, non è un *factum præteritum,* e la legge regolandolo non agisce sul passato.

La legge adunque non può agire sul passato, poichè non è nel suo naturale potere; non sugli effetti del passato o sui diritti già nati, poichè è dannoso ed iniquo e contrario all'indole della legge togliere ad alcuno i diritti acquistati. Ma la legge può ordinare nuove formalità, stabilire nuove garanzie per i fatti e gli atti passati, purchè questi nuovi ordinamenti non abbiano azione sul passato, e sugli effetti del passato.

§ 12. La legge obbliga pel solo fatto della sua regolare esistenza, senza riguardo alla sua giustizia, o ingiustizia intrinseca. Non è necessario dimostrare la ragionevolezza della legge per esigerne l'adempimento; perchè la efficacia della legge *positiva* non deriva dalla ragione, ma dalla potestà del legislatore.

§ 13. La legge ha vigore, finchè non viene abolita. L'abolizione di una legge è un atto di potere, che può essere esercitato unicamente dal legislatore. Affinchè una legge possa dirsi abolita, è necessario che risulti *evidente* ed *indubitata* la volontà del legislatore di abolirla; e cosiffatta volontà non può presumersi. Questa volontà del legislatore può apparire non tanto dalle *parole*, quanto dal *fatto.* [1]

Apparisce dal fatto:

1. Per la promulgazione di una nuova legge *incompatibile*

[1] « Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiara- » zione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni » con le precedenti, o perchè la nuova legge regola l'intera materia già rego- » lata dalla legge anteriore. » (Art. 5 delle cit. *Disposiz. sulla pubblicaz. interpetraz. ed applicaz. delle leggi in generale.*)

con quella anteriore. La legge posteriore deroga all' anteriore, *lex posterior derogat priori*, se è con quella incompatibile, e fino al punto che è con quella incompatibile. La legge nuova *speciale*, deroga all' antica legge *generale, in toto jure generi per speciem derogatur,* ma solamente nel caso pel quale ha nuovamente disposto, perchè per esso solo esiste contradizione fra l' antica e la nuova.

2. La consuetudine contraria alla legge, abolisce la legge come, (fra poco lo diremo) può supplire alla medesima. Allorchè *generalmente* nella società, sotto gli occhi del legislatore, per un *tempo notabile,* con *atti ripetuti e costanti,* si è introdotto un uso contrario alla legge, è inescogitabile che il legislatore veda la continua violazione della medesima, e taccia e stia inoperoso, senza avere la volontà, che quella legge non abbia più forza.

3. Allorquando è cessata la *causa*, per la quale la legge fu fatta, ed è cessata *sicuramente*, *perpetuamente*, *universalmente,* si deve ritenere che la volontà del legislatore le abbia tolto qualunque efficacia. *Cessante ratione legis*, *cessat et ipsa lex.* Infatti mancando il fine pel quale una legge è promulgata, non può supporsi che il legislatore la voglia tuttavia in vigore.

§ 14. La legge è un *precetto comune obbligatorio per tutti i sudditi di uno Stato.* Vi sono per altro leggi fatte unicamente a riguardo di una persona o di un ordine di persone, per vantaggiarle di diritti non concessi a tutti i sudditi, o per francarle da alcune obbligazioni imposte alle altre. Le leggi di questo genere si dicono *privilegi,* quasi *leggi private.*

È dell' essenza dei privilegi di essere suscettivi di una applicazione ripetuta. Ciò li differenzia dalle disposizioni, che sospendono l' applicazione di una legge in caso speciale, e che diconsi *concessioni, dispense.*

§ 15. Dai privilegi fa d' uopo distinguere il *gius singolare.* Si dice gius singolare quel temperamento al rigore dei principii generali, pel quale la legge o concede un diritto speciale, o mitiga una obbligazione a favore di tutti quelli che si trovano in *una certa condizione di affari,* o in *certo stato personale,* od in *certa causa,* per cui cessa la ragione della legge generale, e prevale una ragione di utilità più forte. Sono di questo genere le disposizioni a favore del sesso, dell' età, dei militari ec. Il gius singolare stabilisce adunque dei principii, che si allontanano dal gius

comune, e che sono applicabili a tutti *coloro che si trovano in certe condizioni.*

§ 16. Se fa di mestieri per l'*applicazione* di quei principii, che la persona interessata ad ottenerla la invochi, assumono il nome di benefizi della legge, come quello della *competenza*, *il benefizio dell' ordine*, *dell' escussione* ec.

§ 17. La legge si estende sui luoghi, cui presiede il potere legislativo dal quale emana, ed in questi agisce:

a) Sugli uomini; *b*) sulle cose; *c*) sugli atti.

a) Gli *uomini* di un luogo dominato dalla legge, ricevono da essa la loro personalità giuridica, cioè la capacità loro allo esercizio dei diritti. Ovunque si trasferiscano, senza animo di rimanervi, portano seco la capacità, o personalità giuridica che avevano. Inabili, sottoposti in patria, continuano ad esserlo fuori. Quindi è che dalle leggi di origine o di domicilio, viene stabilita la capacità agli atti della vita civile. Le leggi personali (*statuto personale*) accompagnano la persona in ogni luogo essa vada, senza animo di mutare domicilio.[1]

b) Le *cose* soggiacciono all'azione della legge che vige nel luogo ove sono situate, ed ove il proprietario ha destinato che stieno stabilmente. Quelle mobili si presumono destinate a stare ove il proprietario ha il suo domicilio.[2]

c) Gli *atti* sono sotto la tutela delle leggi, che vigono nel luogo nel quale sono posti in essere; *locus regit actum.* I contratti, i testamenti si ordinano e si compongono secondo le forme e solennità del paese, nel quale si fanno.[3]

[1] « Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono » regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono. » (art. 6 delle cit. *Disposiz. sulla pubblicaz., interpetraz. ed applicaz. delle leggi in generale.*)

[2] « I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, » salvo le contrarie disposizioni della legge del paese sul quale si trovano — » I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo nel quale sono situati. » (art. 7 delle cit. *Disposiz.*) — È notevole che l'art. 8 delle cit. *Disposiz.* considerando le leggi sul diritto di successione come *statuti personali*, dispone - ivi - « Le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di suc- » cedere, sia circa la misura dei diritti successorii, e la intrinseca validità delle » disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona della cui ere- » dità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si » trovino. » Sulla giustizia del disposto di questo articolo, che introduce un principio nuovo nelle odierne legislazioni, vedi Savigny, *Trattato di Diritto Romano,* tomo 8, § 376.

[3] « Le forme estrinseche degli atti fra vivi e di ultima volontà sono » determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà dei » disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè » questa sia comune a tutte le parti. — La sostanza e gli effetti delle donazioni

Il luogo dirige l'atto, ma quanto alle sue forme esteriori soltanto, ed alle sue solennità, perchè la capacità delle persone, che fanno quell'atto si regola sempre secondo le leggi del loro domicilio o della loro origine, (*leggi personali* o *statuto personale*) e la sorte delle cose e la loro alienazione o disposizione, si regola secondo le leggi, le quali vigono nel luogo ove sono situate, (*leggi reali o statuto reale*) o si presumono situate.

II. — La Consuetudine.

§ 18. I precetti di diritto, che derivano dalla consuetudine appartengono al diritto *non scritto*.

Non havvi diritto positivo, che riposi esclusivamente su leggi espresse. Esiste sempre presso ciascun popolo un gran numero di principii, di regole o di norme, che ripetono la loro origine ed il loro svolgimento dal convincimento, dalla coscienza popolare, dal sentimento giuridico della nazione; convincimento, sentimento giuridico, che appariscono e si manifestano esteriormente con azioni non equivoche, con un modo di agire conforme e pur volontario; prova che quei principii, quelle regole, o norme sone universalmente riconosciute, e perfino più di quello che possano esserlo le leggi espresse, derivanti dal potere legislativo. L'insieme di queste regole o norme di diritto, le quali non rampollano dal comando espresso o formale del legislatore, ma che sono state introdotte dalla coscienza giuridica popolare, manifestata col costume e con l'uso, si chiama *diritto consuetudinario, o consuetudine*. Dicesi anche diritto *non scritto*, in opposizione al diritto *scritto*, cioè all'insieme delle leggi espresse e formali.

La vera sorgente del gius consuetudinario, non è, come molti erroneamente dicono, il *solito di fare*, *l'uso*. Il solito di fare, l'uso, sono la estrinseca manifestazione del gius consuetudinario. La vera sorgente del gius consuetudinario, è la comune

» e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazio-
» nale dei disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano
» regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti
» stranieri appartengano ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È
» salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà. » (Art. 9 delle cit. *Disposiz. sulla pubblicaz. interpetraz. ed applicaz. delle leggi in generale*).

persuasione della rettitudine e convenienza di certe norme, che sursero e vivono nel sentimento giuridico popolare.

Anche i Romani avevano limpida questa idea. Infatti *consuetudo* per essi significava la ripetizione degli atti, il solito di fare. *Mos* poi, indicava la regola e il principio, di cui la *consuetudo* dicevano essere la esterna manifestazione. Fra queste due voci, le quali talvolta volgarmente erano adoprate quali sinonimi, nel significato tecnico intercedeva la differenza, che intercede fra la cagione e l'effetto.

Il gius consuetudinario, sebbene sia un gius non scritto, pur tuttavolta appartiene al diritto positivo, poichè ha questo di comune con le leggi espresse e scritte, che anche esso può essere constatato per mezzo di testimonianze, diverse da quelle che valgono a constatare il gius scritto, ma non meno efficaci e sicure.

Il diritto non scritto o consuetudinario precede sempre in ogni luogo il diritto scritto, ma col decorrere del tempo viene a mano a mano tradotto in leggi promulgate.

La forza obbligatoria del diritto consuetudinario risiede nel convincimento, che esiste nella coscienza universale, intorno ad un dato principio o sopra una massima o regola, convincimento manifestato col modo di agire, e sanzionato dalla tacita approvazione del legislatore.

§ 19. Gli estremi, il concorso dei quali addimandasi a indurre la esistenza di una consuetudine, sono:

1. *La ripetizione degli atti.* Da un solo esempio, per celebre e rilevante che sia, non può nascere consuetudine. Non havvi legge che determini il numero di atti necessari a stabilire la consuetudine, ed è rimesso nell'arbitrio del giudice il determinare quando si debba dire che ve ne sieno un numero sufficiente a stabilirla. Ma il giudice attenendosi al principio, che la pluralità degli atti deve esprimere un comune convincimento, non valuterà i fatti particolari ed accidentali, che ne simulassero l'apparenza.

2. *La liceità e la ragionevolezza* di questi atti; cioè che non sieno contrari ai buoni costumi, nè repugnanti alla ragione. Ogni qualvolta adunque la consuetudine venisse ad approvare cose naturalmente turpi o contrarie al diritto di natura, non dovrebbe essere considerata come capace di produrre effetti civili.

3. *La uniformità degli atti;* senza di questa non potrebbe par-

larsi di un solito di fare, di una *civium voluntas*, di un *consensus utentium*.

4. Uno spazio di tempo lungo, durante il quale quelli atti uniformi, sieno ripetuti. Nessuna legge fissò questo spazio di tempo, il cui decorso è necessario a costituire una consuetudine; sta al giudice il valutarlo (vedi Savigny, *Sistema di Diritto Romano*, tomo I, pag. 168).

5. Questi atti debbono essere stati eseguiti *ex opinione juris*, *ex opinione necessitatis*, cioè motivati dalla persuasione che corrispondano ad una norma di gius riconosciuta universalmente.

6. Il consenso del capo dello Stato. I giureconsulti romani facevano discendere la forza della consuetudine solamente dal consenso popolare, ma essi scrivevano con la mente rivolta alla costituzione del loro Stato, retto a forme popolari; nelle monarchie, egli è certo che il tacito assenso del capo dello Stato si presuppone. E questo assenso viene presunto, quando consta della scienza e pazienza nel potere sociale degli atti, pei quali si asserisce indotta la consuetudine. Poichè quando chi poteva, e sè lo credeva necessario, doveva impedire quegli atti, non lo ha fatto, è certo che non riprova davvero il principio del quale sono la manifestazione, ma annuisce invece al medesimo. Di quella scienza nel capo dello Stato, intorno a cotali atti che costituiscono la consuetudine, non è necessario adunque fornire una prova speciale e diretta; basta quella presunzione che nasce dalla pubblicità e moltiplicità dei medesimi. Non è infatti da supporre, che il capo dello Stato ignori le cose note a tutti, le quali per la sua posizione è in grado di sapere più di ogni altro, e che a lui, meglio che ad ogni altro, preme sapere.

La consuetudine, allorchè riunisce i caratteri fin qui accennati, ha forza uguale alla legge. Per lo che vale ad introdurre un nuovo diritto, ad abolire l'antico, a dichiarare il senso di una legge, ed estenderne la sanzione oltre i casi che essa espressamente contempla, come pure ad indurre delle eccezioni alle sue generali disposizioni.

§ 20. Chi vuole valersi di un diritto desunto dalla consuetudine, deve provarla. Cosiffatta prova può essere somministrata in qualunque modo, o con la testimonianza di scritture, o con la testimonianza di uomini, massimamente di quelli assai innanzi negli anni. Se dalle prove fornite risultasse, che non sempre fu

praticato nel modo stesso, ma ora in una guisa, ora in altra: senza che per un tempo lungo e continuato, abbia mai potuto prevalere una regola, si dovrebbe concludere non esistere consuetudine, ma invece *uso facoltativo.* La consuetudine più recente, deroga alla più antica. Anche qui vale l'assioma; *jus posterius derogat priori.*

§ 21. A lato al diritto consuetudinario viene collocata la pratica di giudicare, o le giudiciali osservanze (*usus fori, stylus curiæ*), vale a dire l'insieme delle regole di diritto, sanzionate dalla pratica uniforme dei tribunali. Le massime stabilite per cotal guisa, hanno forza di legge alla pari della consuetudine; anzi alcuni scrittori, questa pratica di giudicare considerano come una specie di consuetudine. Ma quando comincia essa ad avere forza di legge? È questa una questione che non è facile risolvere. Tutto quello che si può dire intorno ad essa si è, che il numero delle cose giudicate ha da essere tale, da far concludere una consuetudine di giudicare. La definizione che se ne trova nelle leggi romane (fr. 38, *Dig. de Leg.* I, 3), *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*, suppone pure un certo numero di decisioni. Tuttavia vuolsi confessare che nel diritto Romano trovansi regole di diritto, le quali riposano su decisioni isolate p. e. (nel fr. 12, pr. *Dig. de Accusationibus,* XLVIII, 2.)

§ 22. Alcuni scrittori ripongono eziandio fra le fonti del diritto l'equità, come p. e. il Falck nella sua *Enciclopedia del diritto.* Ma l'equità vuolsi piuttosto considerare, quale un modo generale di temperare la durezza delle leggi. L'equità, *æquitas*, o come la dicevano i Greci *epicheja*, consiste nel moderare con le regole di giustizia, suggerite dalla ragione naturale, il soverchio rigore delle leggi. Affinchè cotal temperamento possa aver luogo, fa di mestieri che le parole della legge si prestino a questa mite interpretazione; non potendosi far valere considerazioni di equità, alle quali la parola della legge apertamente repugni, sotto pena di accordare ai magistrati, che hanno l'ufficio di applicare la legge, la più ampia facoltà, spettante al solo legislatore, di mutarla; confondendo cioè il potere legislativo col giudiciario.

Nel medio evo, per quella supremazia che le leggi canoniche avevano acquistato anche negli affari civili, sovente sotto il nome di equità canonica, si toglieva forza alle leggi della pote-

stà secolare, o almeno si temperava in molti punti il rigore del loro disposto.

§ 23. Le fonti del diritto si distinguono in *indigene e straniere o importate.*

Considerando il modo, col quale il diritto sorge presso un popolo, vien fatto di riconoscere che quel diritto è un prodotto del popolo istesso, costituito dalla consuetudine e dagli atti del potere legislativo, o è un composto di massime e di istituzioni prese ad imprestito da altri popoli. Non di rado l'elemento indigeno e l'elemento straniero insieme concorrono. Noi vedremo come questo fenomeno dell'amalgamarsi di un diritto straniero al diritto indigeno, si verifichi specialmente nella legislazione romana. Allorquando si distingue un diritto indigeno da un diritto straniero o importato, si allude non solamente alla origine straniera di alcune massime giuridiche, ma si intende anche parlare di raccolte intiere di diritto straniero, che sono state introdotte e poste in vigore come Codice, senza che abbiano subìto mutamento nella forma loro.

Altra distinzione circa alle fonti del diritto, è quella di *comuni* e *particolari*; dalla qual distinzione nasce l'altra del diritto positivo di un popolo in *diritto comune* e *diritto particolare.* I principii giuridici, che hanno in sè un carattere di universalità obbligatoria in tutto lo Stato, formano il *diritto comune.* A questo viene opposto il *diritto particolare*, che è in vigore soltanto in alcuni distretti dello Stato.

Il diritto Romano ha anche oggi questa dignità di diritto comune presso molti popoli civili, i quali ad esso ricorrono nel silenzio delle patrie legislazioni, come a ragione scritta.

SEZIONE SECONDA.

IDEE DEI GIURECONSULTI ROMANI SUL DIRITTO, SULLA GIUSTIZIA E SULLE DISTINZIONI PRINCIPALI DEL DIRITTO.

Inst., lib. I, tit. 1, *De Justitia et Jure;* — lib. I, tit. 2, *De Jure Naturali, Gentium et Civili;* — *Dig.*, lib. I, tit. 1, *De Justitia et Jure.*

§ 24. La parola, che i Romani adoperavano ad esprimere ciò che noi esprimiamo con la parola *diritto,* è la parola *jus*, voce sincopata che deriva da *jussum* comando, ordine, regola generalmente prescritta, cioè a dire *legge.* Laonde il diritto non era per i Romani, da primo, se non che un ordine imperioso. E bene questo significato etimologico della parola si addice all'indole primitiva del diritto in Roma.

Formula tecnica e rigorosa, arme aristocratica, il diritto non doveva nè poteva essere espresso, se non che con una parola che suonasse il comando, l'ordine inflessibile del potere; con una voce che appellasse non alla ragione, ma alla autorità. Ed è notevole, che le lingue moderne abbiano usato una parola certamente di differente derivazione. Infatti le voci *diritto* degli Italiani, *droit* dei Francesi, *right* degli Inglesi, *recht* dei Tedeschi e via discorrendo, hanno tutte la stessa radice, ma ben diversa, e distinta dalla radice della parola *jus.* Ai popoli moderni pare repugnasse usare a significare il diritto una parola, che implica *comando.* Ma anche in Roma, nell'epoca classica della legislazione, i giureconsulti tali ci dànno definizioni del diritto, che chiaro addimostrano quanto si fossero dilungati dal significato etimologico della parola *jus.*

§ 25. Nelle Istituzioni di Giustiniano non si trova definito il diritto, e tale lacuna è stata giustamente rimproverata ai compilatori di quest'opera; per altro nelle Pandette troviamo riferita la definizione che del diritto dava il giureconsulto Paolo, il quale lo diceva: *id quod semper æquum ac bonum est:* (fr. 11, *Dig. de Justitia et Jure*, I, 1,) come pure quella che ne dava Celso: *ars boni et æqui:* (fr. 1, *prin. Dig. de Justitia et Jure*, I, 1.) È il buono e l'equo, ciò che costituisce il diritto: è una idea morale che lo

informa. Ed altri celebri giureconsulti nelle Pandette stesse, invocano il *bonum* e l'*aequum* come ragione del diritto, che deve trionfare perfino della legge scritta (fr. 14, 15, 25, 39, *Dig. de Legibus,* I, 3. — fr. 9 e 183, *Dig. De regulis juris*, L. 17). Conseguenza di quest'idea, che si formavano del diritto i citati giureconsulti, si è quella di inalzare la professione loro alla dignità di sacerdozio, di chiamare coloro che lo esercitavano sacerdoti, *sacerdotes*, fr. 1, *Dig. de Just. et Jure*, I, 1, come Ulpiano stesso li appella.

Il diritto adunque nell'epoca classica era, in senso astratto, *tutto ciò che è buono ed equo;* ed in un senso obiettivo, *l'arte di ciò che è buono ed equo.* Era confuso con la morale; e quando si parla di diritto da costituirsi, di diritto naturale, quest'opinione che esso sia tutto uno con la morale, è opinione che non ha guari fu difesa e sostenuta. Ed anche noi dicemmo, che se non è tutt'uno con la morale, pure come derivante da essa debba essere considerato. Ma dalla morale bene vuol essere distinto. E di vero, i precetti della morale sono assai più estesi di quelli del diritto; la morale non soltanto ci vieta di nuocere al nostro simile, ma ci comanda di giovargli; oltre i doveri verso il prossimo, essa ci impone doveri verso Iddio, e verso noi stessi. Essa esige che adempiamo i doveri da lei imposti, non per forza o per considerazioni di interesse, ma per amor del bene; addimanda la buona intenzione, l'amore della virtù e della giustizia, e non si contenta, come il diritto, della esteriore conformità delle azioni nostre al prescritto della legge. Non ha, come il diritto, la coazione al suo servizio, ed ha una sanzione soltanto nella coscienza.

§ 26. Quando del diritto in senso pratico i giureconsulti romani favellavano, ne davano delle nozioni molto simili alle nostre.

a) Allora intendevano per *diritto*, un complesso di più leggi della stessa natura: come quando parlavano del diritto civile romano, *jus civile.*

b) Oppure una facoltà sanzionata dalla legge, come quando indicavano l'*jus hereditatis* ec.

c) La voce *jus* adoperavano perfino talvolta ad esprimere il luogo ove si amministrava la giustizia. *In jus vocare* significava infatti, chiamare in giudizio, e *ambula mecum in jus* era la formula che usavano per intimare a comparire dinanzi al magistrato.

I giureconsulti romani pretendevano che la voce *jus* derivasse da *justitia*. Ciò almeno è asserito da Ulpiano (fr. 1, *Dig. de Justitia et Jure*, I, 1; ivi: *est autem a justitia appellatum*). Sbagliata etimologia, imperocchè *jus* è evidentemente parola radicale di *justitia*, e non derivata da quella: è la voce *justitia* che dovè derivare da *jus*.

§ 27. La *justitia* è infatti definita nelle Istituzioni di Giustiniano e nelle Pandette, come la costante e perpetua volontà di dare a ciascheduno il suo diritto, *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (vedi, *Inst. de Just. et Jure*, I, 1. — *Dig.* fr. 10, eod. I, 1). Ora, quando si dice che *justitia* è la volontà di accordare a ciascuno *jus suum*, all'idea di giustizia si presuppone l'idea di gius. E logicamente (come abbiamo sopra dichiarato) l'idea di giustizia deriva dall'idea di gius. Con la definizione ora riferita della giustizia, cominciano le Istituzioni Imperiali. Forse ivi fu premessa questa idea a qualunque altra, per dimostrare che la giustizia è lo scopo di tutte le leggi, il fine che si propone il legislatore, il centro cui convergono tutte le discipline del diritto; faro luminoso che deve guidare il giureconsulto ed il magistrato.

Questa definizione, che le Istituzioni dànno della giustizia, e che è quella che ne dava Ulpiano, rappresenta la giustizia come una virtù. Evidentemente qui il giureconsulto ha inteso parlare della giustizia morale, ed avendo considerato il diritto come la morale, il considerare la giustizia come una virtù, non è strano nè incoerente. Ma questa definizione non sarebbe esatta, se si intendesse che il giureconsulto avesse voluto definire la giustizia civile, quella giustizia della quale si contentano le leggi civili e positive, che il legislatore terreno esige, e della quale è soddisfatto. I legislatori nostri in vero, si contentano che il cittadino si conduca conformemente alle leggi emanate da loro, nè investigano se ciò dipenda dall'amore puro del bene e della virtù, o piuttosto dall'interesse o dal timore delle pene. La definizione, che esaminiamo, più all'etica che al diritto si conviene. Per questa definizione la volontà di dare a ciascheduno il suo, deve essere costante (*constans*) cioè ferma, invincibile nella sua resistenza, irresistibile nella sua forza. Deve di più essere *perpetua*, cioè durevole, non cessare mai, non essere intermittente. Ma quale è la ragione, per la quale in questa definizione si richiede

la perpetuità nella volontà? Comunemente si ritiene, che l'adiettivo di *perpetua* sia adoperato invece dell'avverbio *perpetuamente*, talchè il senso della definizione sia: che la giustizia è la costante volontà di dare perpetuamente a ciascuno il suo, vale a dire in tutte le circostanze, in tutte le emergenze. Non si potrebbe considerare come uomo giusto, dicono i sostenitori di questa opinione, chi si astenesse dal male soltanto fino al momento in cui potesse commetterlo impunemente, finchè non gli si presentasse l'opportunità di violare gli altrui diritti, con speranza di successo. Giusto, concludono, è chi vuole il bene perchè è bene, e lo vuole sempre in qualunque emergenza. Ciò non pertanto non è da disprezzare l'opinione di chi crede, quella qualifica di *perpetua* essere stata adoperata nella definizione in esame, in conseguenza dei principii della stoica filosofia, dei quali era imbevuto Ulpiano (cui quella definizione appartiene) alla pari di molti altri dei classici giureconsulti romani. Per gli Stoici infatti, ogni virtù doveva essere una *costante e perpetua volontà;* per essi era sempre malvagio chi lo fosse stato una sola volta. Ora, la giustizia essendo considerata da Ulpiano come virtù, naturalmente egli le ha apposto la caratteristica delle virtù tutte, nelle parole sacramentali *constàns et perpetua voluntas.*

Alcune lezioni invece della parola *tribuendi,* con la quale termina la definizione della giustizia, da noi riferita, hanno la parola *tribuens.* Ma questa variante non è buona, perchè la volontà non attribuisce, non dà, ma fa sì che si attribuisca e si dia; non è esatto dunque dire *voluntas tribuens*, ma è meglio e più vero parlare di una *voluntas tribuendi;* tanto più che taluno può avere la volontà di dare a ciascuno il suo, (*voluntas tribuendi*) e per ignoranza o per errore non darlo, e così la volontà non riuscire *tribuens.*

§ 28. Ulpiano definì la giurisprudenza dicendola: *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia* (vedi *Inst.* lib. I, tit. 1, § 1; *Pand.*, lib. I, tit. 1, fr. 10, § 2). Questa definizione fu criticata, come quella che apparisce addicevole più alla filosofia, che alla giurisprudenza. Per giustificarla fu detto, che Ulpiano volesse con la medesima esprimere essere necessaria al giureconsulto almeno una *notitia* delle cose umane e divine, per acquistare la *scientia* del giusto e dell'ingiusto. Tuttavolta a questa interpretazione mal si presta la naturale giacitura della

definizione riferita, non esistendo in essa quella relazione, che vogliono vedere, fra la prima sede e la seconda della medesima. Vi fu chi opinò avere Ulpiano dato quella pomposa definizione della giustizia, mosso dalla gara, dall'emulazione, che esistevano ai suoi tempi fra i filosofi ed i giureconsulti, i quali cercavano di abbassarsi a vicenda, e di esaltare la scienza che respettivamente coltivavano; Ulpiano, è stato detto, volle mostrare come le tanto vantate prerogative della filosofia convenissero anche alla giurisprudenza. Ma non è da ammettersi di leggieri, che un solenne giureconsulto come Ulpiano, nel dare una definizione importante, si lasciasse trascinare da puerili puntigli. Piuttosto potrebbe osservarsi, che la definizione di Ulpiano è coerente alle idee che quel giureconsulto aveva del diritto e della giustizia. E valga il vero, se egli riteneva con Celso che il diritto fosse la morale, e la giustizia una virtù, non è strano che alla giurisprudenza desse gli attributi della filosofia.

§ 29. Queste idee del diritto, della giustizia, della giurisprudenza, che stanno scritte nelle Istituzioni e nelle Pandette, sono l'espressione della teoria, del sistema razionale dei giureconsulti romani intorno al diritto considerato astrattamente, al diritto cioè, quale si concepisce prima che il legislatore abbia agito sul medesimo, quando è nella sua fase psicologica. Ma in pratica avevano idee sul gius, sulla giustizia, sulla giurisprudenza analoghe alle nostre.

§ 30. Tre, dicevano i romani giureconsulti, essere i precetti del gius: ***honeste vivere; — neminem lædere; — suum cuique tribuere.*** (vedi *Inst.*, lib. I, tit. I, § 3; vedi *Pand.*, lib. I, tit. I, fr. 10, § 1.) Evidentemente sono questi tre precetti di morale, ma fondamento di regole giuridiche.

a) Infatti, come ha osservato il Savigny (*Sistema di Diritto Romano*, capo I, vol. 1), il primo precetto ***honeste vivere*** impone in diritto l'obbligo, all'uomo, di conservare la sua morale dignità negli atti esteriori. Da questó precetto derivano in diritto Romano il divieto al fratello di sposare la sorella, il divieto della poligamia, il divieto alla vedova di passare a seconde nozze prima dello spirare dell'anno del lutto ec. Ed una pena in diritto Romano viene applicata a chi non rispetta questi divieti, derivanti dalla regola ***honeste vivere.***

b) Il secondo precetto è: ***neminem lædere.*** Da questo precetto

discendono tutte le regole giuridiche, che vietano di offendere altri nella persona e negli averi, che impongono la lealtà e la sincerità nelle contrattazioni, che puniscono la frode, che obbligano a indennizzare quello, cui un danno sia stato cagionato o per dolo o per colpa.

c) Finalmente il terzo precetto: ***suum cuique tribuere***, è quello che più degli altri tutti, è fonte di regole giuridiche, perocchè contiene la sanzione del ***diritto di proprietà***, cui tutto il diritto privato si riferisce e fa capo.

Se questi tre precetti si considerano dallo aspetto puramente morale, il primo è più importante degli altri, anzi li comprende, perchè all' ***honeste vivere*** è condizione essenziale il ***neminem lædere***, ed il ***suum cuique tribuere***; ed il secondo è più importante del terzo. Se invece si considerano per l'importanza loro come scaturigini di massime giuridiche, l'ordine è precisamente inverso; vale a dire il terzo è più importante del secondo, e questo più del primo.

L' osservazione che i romani giureconsulti enumerano tre precetti di morale come precetti di gius, precetti morali che sono effettivamente la base di regole giuridiche importantissime, è una ragione confermativa per convincersi, che il diritto in queste generalità, è considerato da Ulpiano in un senso largo e filosofico, come diritto di natura, cioè nello stadio in cui è un puro ente di ragione.

§ 31. La principale distinzione del diritto, che occorre nelle Istituzioni Imperiali, è quella di diritto *pubblico* e diritto *privato.* (*a*) PUBLICUM *jus*, dicono le Ist. Imp., *est quod ad statum rei Romanæ spectat.* (*b*) PRIVATUM *quod ad singulorum utilitatem pertinet.* (*Inst.*, § 4, *de Just. et Jure*, I, 1. — fr. 1, § 2, *Dig.* eod. I, 1.) Quel che differenzia il diritto pubblico dal privato, secondo le Istituzioni di Giustiniano, è dunque questo: che il diritto pubblico riguarda direttamente tutto il corpo sociale, e dei privati si occupa soltanto come di oggetto secondario. Il privato all' opposto, si occupa esclusivamente degli interessi e relazioni dei singoli cittadini fra loro. È questa la distinzione, che fra diritto pubblico e privato fanno eziandio i giureconsulti odierni, come altrove fu detto. Nei primi tempi di Roma, grande fu l'importanza del diritto pubblico, perchè l'amministrazione della cosa pubblica era in mano del popolo, che si reggeva a forme repubbli-

cane. Si aggiunga che l'*jus sacrum* era parte del gius pubblico. (Vedi fr. 1, § 2, *Dig. de Just. et Jure*, I, 1.) Cessato il governo popolare, succedutagli la dominazione imperiale, il gius pubblico sminuì d'importanza. L'imperatore, capo supremo dello Stato, comandò in modo assoluto ed arbitrario. Da lui dipesero i magistrati, ed i privati non ebbero altrimenti parte nell'amministrazione governativa. Laonde nelle Istituzioni Imperiali del gius pubblico si ricorda appena la nozione, per non parlarne mai più.

§ 32. Il gius privato, secondo Ulpiano, e le Istituzioni Imperiali che lo copiano, è tripartito, o meglio, consta di tre elementi:

a) di precetti di gius naturale;

b) di precetti di gius delle genti;

c) di precetti di gius civile.

Di queste tre maniere di precetti si occupa il tit. 2, lib. I, delle *Inst. Imp.*, che ha per rubrica: *De Jure Naturali*, *Gentium et Civili*, e i fr. 1-6 delle *Pandette*, lib. I, tit. 1. *De Just. et Jure.*

a) *jus naturale,* ivi è detto, è quello *quod natura omnia animalia docuit.* Questo diritto, si seguita a dire, non è proprio ai soli uomini, ma comune a tutti gli animali che vivono sulla terra, nel cielo e nel mare. Da esso deriva l'unione sessuale, il matrimonio; da esso la procreazione e l'educazione della prole. Gli animali si conformano a questo gius, come se lo conoscessero.

b) *jus gentium* è quello *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* Questo diritto si dice delle genti, perchè è osservato presso tutti i popoli.

c) *jus civile* è quello *quod quisque populus ipse sibi constituit;* è esclusivamente proprio dei membri della città, e perciò si chiama civile.

§ 33. È da notare che Gajo nelle sue Istituzioni non riconosce questi tre elementi nel gius privato, ma invece due soltanto: 1. il gius delle genti; 2. il gius civile. Egli pure definisce il diritto civile, *id quod quisque populus ipse sibi constituit,* e il gius delle genti, *id quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* (Vedi Gajo, *Inst. Com.* I, § 1.) Egli omette dunque di parlare del diritto naturale. Egli considera soltanto il diritto comune a tutti gli uomini, *jus gentium,* e lo dice anche *naturale;* e il diritto speciale proprio dei Romani, *jus civile.* Il diritto comune agli uomini ed agli animali, *jus naturale,* non ha per quel giureconsulto menzione speciale.

Questa bipartita classazione di Gajo è razionale, ed era quella dominante fra i giureconsulti romani; la tripartita è un tentativo di classazione più completa fatta da Ulpiano, ma non accolta generalmente. In fatti nelle compilazioni Giustinianee non se ne parla che due o tre volte, mentre la classazione bipartita ricorre ad ogni istante ed è adottata da Modestino, Paolo, Marciano, Florentino, e dal maggior numero dei romani giureconsulti, i quali adoperano come sinonimi le due espressioni *jus naturale*, *jus gentium*.

La tripartita classazione di Ulpiano è stata criticata come quella che introdusse un diritto naturale, cui quel giureconsulto diede una nozione siffatta, da fare sembrare che egli attribuisse diritti e scienza di diritto, anche agli animali. Il Savigny opina che Ulpiano facesse quella classazione triplice, sulla seguente ipotesi: che vi fosse un tempo nel quale le relazioni reciproche fra gli uomini fossero presso a poco quelle degli animali, l'unione sessuale, la procreazione, l'educazione della prole; che a questa epoca ne succedesse una seconda nella quale lo Stato, la proprietà, le obbligazioni contrattuali fossero regolate uniformemente fra gli uomini tutti; che finalmente in una terza epoca, in ogni Stato fossero create delle istituzioni speciali adattate ai particolari bisogni, e così sorgesse un diritto particolare per ogni popolo. Che nella prima epoca regnasse il diritto naturale, nella seconda il diritto delle genti, nella terza il diritto civile. È per avventura più esatto dire, che quella triplice divisione del diritto significhi, che i principii del diritto prendono origine, parte dalla natura animale dell' uomo, parte dalla sua natura razionale, parte dal carattere proprio di ciascun popolo, e dai suoi speciali bisogni. Questa spiegazione tanto più sembrerà sodisfacente ove riflettasi, che la filosofia degli Stoici, della quale Ulpiano era imbevuto, considerava l'uomo sotto questi tre aspetti: di animale, di essere libero ed intelligente, di cittadino. Che poi Ulpiano non riconoscesse nei bruti animali nè diritti nè doveri, è fuori di dubbio; perchè egli in un frammento riferito nelle Pandette, dichiara che il diritto non può essere in un modo imputabile violato da un bruto animale: *quod sensu caret* (fr. 1, § 3. *Dig.*, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, IX, 1): ivi è detto: *Pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.* È giuoco forza dunque ritenere che quel giurecon-

sulto intendesse dire, sebbene esprimendosi poco felicemente, che a certe leggi naturali, poste dalla divina Provvidenza per la conservazione della specie e dell'individuo, obbedisce anche il bruto animale, e che queste leggi o norme compongono nel loro insieme un diritto, comune agli uomini ed agli animali.

Egli non pensava già, che i bruti animali conoscessero o avessero l'intelligenza di cosiffatto diritto, ma che obbedissero a certe regole o norme, che negli uomini sono fonte di diritto. Esempigrazia l'unione sessuale è una legge comune agli uomini ed agli animali, e negli uomini è di diritto naturale. Ma checchessia di questa opinione di Ulpiano, egli è certo, vuolsi ripeterlo, che per la maggiore e più sana parte dei giureconsulti romani, si distingueva il diritto privato in diritto civile e diritto delle genti: l'uno, quello *quod quisque populus ipse sibi constituit;* l'altro, quello *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.*

§ 34. È necessario far grande attenzione al significato che alle parole diritto civile, diritto delle genti, davano i romani giureconsulti, e non confondere cotale significato con quello che alle parole stesse dànno gli odierni giureconsulti.

Gli odierni giureconsulti per diritto delle genti intendono il diritto internazionale, e non già quello *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* E per diritto civile intendono:

a) Talora il diritto *positivo* in contrapposto al diritto naturale.

b) Talora il diritto dei cittadini in generale, ossia il diritto *privato*, in contrapposto al diritto pubblico.

c) Talora il diritto dei cittadini *non commercianti*, in contrapposto al diritto commerciale. I giureconsulti romani per diritto civile intendono: quello *quod quisque populus ipse sibi constituit*, oppure il diritto proprio dei soli Romani.

Il diritto civile assumeva anche il nome della città ove era costituito; così diritto civile degli Ateniesi dicevasi quello costituito per le leggi di Solone, o di Dracone; diritto civile romano o *jus Quiritium,* quello dei Quiriti. Ma quando i Romani parlano di gius civile senza altra indicazione, intendono riferirsi al diritto civile romano, quasi al diritto per antonomasia; come quando si rammentava il *poeta*, dai Greci intendevasi Omero, e Virgilio dai Latini, (vedi *Inst.,* § 2, tit. 2, lib. I).

§ 35. Le Istituzioni imperiali nell' ultima sede del § 2, tit. 2, lib. I, avvertono che non tutti i principii del diritto delle genti,

sono conformi e coerenti alle regole della *ragione naturale.* Così la servitù e la schiavitù, sono ivi riconosciute come contrarie al diritto naturale: *sunt juri naturali contraria; jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur.*

Di qui gli interpreti del diritto Romano derivarono la distinzione scolastica, fra diritto delle genti *primario* e *secondario.*

Primario dissero quello che è suggerito a tutti i popoli dalla retta ragione, e questo è il diritto che anche oggi chiamiamo naturale. Ma i popoli antichi avevano accolto generalmente certe istituzioni, le quali sebbene stessero in opposizione con la ragione naturale, pure per l' opinione di loro necessità o utilità di fronte alle condizioni dei tempi, erano comuni a tutti. Quindi un' altra specie di diritto delle genti, che talora stava in opposizione con i principii *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit,* e che gli interpreti dicono diritto delle genti *secondario.*

Per bene intendere il passo ora citato delle Istituzioni, e sul quale questa distinzione si fonda, bisogna ritenere, che sebbene i romani giureconsulti d' ordinario confondessero insieme e adoperassero come sinonimi, le due espressioni: diritto naturale, diritto delle genti; davano talvolta al diritto naturale un significato corrispondente a quello che gli diamo oggi giorno; lo consideravano cioè come un diritto assoluto, indipendente dalle convenzioni dei popoli, e discendente dalla legge morale (p. e. nel fr. 14, *Dig. de condictione indebiti.* XII, 6); ed in questo significato i principii del diritto delle genti, cioè adottati da tutti i popoli di quell' epoca, potevano diversificare da quel diritto naturale e perfino contradire al medesimo.

§ 36. Il diritto Romano, considerato quanto alle sue fonti, si distingue in *diritto scritto* e *non scritto.*

a) Diritto Scritto, proveniente cioè da: 1. Leggi. — 2. Plebisciti. — 3. Senatusconsulti. — 4. Costituzioni dei Principi. — 5. Editti dei Magistrati. — 6. Responsi dei Prudenti.

b) Diritto non Scritto, cioè quello che chiamano consuetudinario, e del quale la consuetudine e l' uso sono la manifestazione.

Secondo alcuni la distinzione fra gius scritto e non scritto non va intesa nel senso grammaticale delle espressioni, cioè non è la scrittura o la mancanza di scrittura sulla quale quella distinzione riposa. Diritto Scritto, secondo essi, vuol dire diritto

promulgato, stabilito per volontà espressa del legislatore: diritto non Scritto, diritto introdottosi per consuetudine o per tacito assenso del legislatore medesimo.

Il Savigny ritiene invece, ed a ragione, che questa distinzione di fronte al diritto Romano vada intesa nel senso grammaticale, sebbene sia vero che l'altra intelligenza, che a questa distinzione danno specialmente i moderni scrittori di diritto Romano, sia in astratto più logica.

§ 37. Le sorgenti di diritto ora enumerate, e che dalle Istituzioni di Giustiniano sono definite negli ultimi paragrafi del tit. 2, lib. I, non coesisterono tutte insieme. Lo vedremo nella Istoria Esterna del diritto Romano, di cui dando un rapido cenno, parleremo di ognuna di quelle fonti in particolare.

SEZIONE TERZA.

ISTORIA ESTERNA DEL DIRITTO ROMANO.

§ 38. L'istoria del diritto è la *narrazione ragionata delle origini, dei progressi, e dei cangiamenti del diritto.* Non istoria, ma pretta cronologia sarebbe il racconto delle vicende di una legislazione, quando non fosse un racconto ragionato. A tessere tale un racconto ragionato, fa di mestieri indicare: le cause che diedero origine ai principii od alle massime del diritto presso un dato popolo, le istituzioni politiche proprie di quello, il legame ed il nesso fra gli avvenimenti che più contribuirono allo svolgimento successivo della legislazione, gli effetti prodotti dai mutamenti negli ordini politici, finalmente il progresso dei principii del diritto. Dopo il Leibnitz, l'istoria del diritto è stata divisa in due parti: istoria *esterna*, istoria *interna.*

§ 39. A) L'*esterna*, che potrebbe anche venire chiamata *istoria generale del diritto,* tratta dell'andamento, e dei progressi della legislazione in generale. Essa espone:

a) gli avvenimenti politici che hanno avuto influenza sulla legislazione;

b) l'origine e le vicende delle fonti del diritto, cioè delle leggi e delle consuetudini;

c) le sorti della scienza del diritto, vale a dire, narra quali sono stati i più celebri giureconsulti nelle diverse epoche, in quali scuole si sono divisi, quali sono state le opere loro, e che effetto queste hanno avuto sulla legislazione.

B) La ***storia interna***, detta anche ***Antichità del diritto***, è la istoria speciale dei principii del diritto stesso. Narra le vicende proprie di ogni singola istituzione; a modo di esempio, narra le modificazioni successive che ha subìto la patria potestà, il matrimonio e via discorrendo, per gli avvenimenti politici ed economici. L'istoria del diritto di un popolo non può chiamarsi completa se non riunisce queste due parti, le quali più per consuetudine che per una ragione plausibile, appellansi l'una ***esterna***, ***interna*** l'altra. Noi ci occuperemo ora della sola istoria esterna, riserbandoci a parlare dell'interna, a mano a mano che dovremo trattare delle singole istituzioni; vale a dire istituzione per istituzione, tratteremo del suo istorico svolgimento.

§ 40. Il Gibbon nel capitolo 44 della sua ***Istoria della Decadenza e Caduta dell'Impero Romano***, divise la storia del diritto Romano in quattro grandi epoche o periodi. La ***prima*** epoca si estende dalla origine di Roma fino alla Legge delle XII Tavole. — La ***seconda***, dalla Legge delle XII Tavole fino ai tempi di Cicerone. — La ***terza***, dai tempi di Cicerone fino a quelli di Alessandro Severo. — La ***quarta*** dai tempi di Alessandro Severo fino a quelli di Giustiniano, la legislazione del quale è l'ultima fase del diritto Romano. Il Gibbon paragona queste quattro epoche o periodi, a quattro distinti momenti della vita umana: l'infanzia, la gioventù, la virilità, la decrepitezza. La divisione del Gibbon fu adottata dall'Hugo, il celebre antesignano della Scuola Istorica, e dopo di lui, seguitata dai più famigerati scrittori di diritto Romano. Di recente per altro, mentre è stata conservata la quadruplice divisione dell'istoria del diritto, si è voluto diversamente stabilire il termine del secondo e del terzo periodo. Così il termine del secondo periodo si è voluto far giungere fino al principiare del regno di Augusto, ed il termine del terzo fino al regno di Costantino.

§ 41. Noi seguiremo la divisione del Gibbon, come quella meglio confacente all'esposizione dell'istoria interna del di-

ritto, dacchè corrisponde ai più segnalati mutamenti del diritto, e d'altronde non repugnante ad una bene ordinata esposizione dell' esterna. Ogni periodo od epoca dell' istoria esterna del diritto Romano, verrà da noi divisa in tre parti. Nella *prima* tracceremo un quadro degli avvenimenti politici, che più hanno avuto influenza sulla legislazione. Nella *seconda* esporremo le fonti del diritto. Nella *terza* diremo delle condizioni della scienza, e parleremo dei suoi più celebri cultori, non che delle opere loro più notevoli.

I.° PERIODO.

Dall' origine di Roma fino alla legge delle XII Tavole.

CAPITOLO I.

STATO PRIMITIVO DI ROMA ED AVVENIMENTI POLITICI.

§ 42. L' odierna critica dell' istoria ha dimostrato, che le narrazioni degli scrittori classici intorno alle origini di Roma ed al governo suo, nei primi tempi, tuttochè molto circostanziate, sono una pretta ripetizione di tradizioni volgari, di popolari leggende, e nulla di più. Scrivevano essi senza appoggio di documenti istorici, perocchè per lunghi anni fu rarissimo o mancò ogni uso di lettere presso i Romani; e *Fabius Pictor,* l' istorico più antico di Roma, del quale ci parla Tito Livio, pare vivesse ai tempi di Annibale. Laonde l' istoria dei primi tempi di Roma, se non favolosa o mitica assolutamente, con la favola e col mito è spesso innestata; ed i fatti da lei narrati, se non inventati del tutto, sono meravigliosamente alterati e travisati per guisa che riesce malagevole il separare il vero dal favoloso, l' istoria dal mito.

Si ammette oggi dalla critica istorica più illuminata che Roma fosse da primo un piccolo Stato degli Aborigeni o Siculi, gente pelasgica. Furono costoro soggiogati da una tribù di gente latina, i *Ramnes,* i quali ne invasero il territorio. Ai vinti furono

tolte pressochè tutte le terre, confiscate a vantaggio dei vincitori; ai vinti non furono accordati diritti politici nel nuovo Stato, che i vincitori, a loro sovrapponendosi, costituirono. A questo nuovo Stato si aggiunse ben presto una tribù di gente sabina, i *Tities*, detti ancora *Quirites;* attalchè Roma divenne uno Stato in cui due popoli, i Romani ed i Quiriti, stavano raccolti con uguaglianza di diritti. Durarono per qualche tempo le traccie delle differenti origini di questi due popoli, *Ramnes* e *Tities*. Il primo di razza latina obbediva a Romolo, l'altro di razza sabina a Tito Tazio. I *Ramnes* abitavano il monte Palatino, i *Tities* abitavano il Quirinale, ed i Re furono scelti alternativamente in seno a queste due tribù. In seguito, alle medesime se ne aggiunse una terza di razza etrusca, i *Luceres*. Questa non ebbe da primo uguali diritti alle altre due, e solamente col correre dei tempi fu a quelle parificata.

§ 43. Ognuna di queste tre tribù era divisa in dieci curie, ogni curia in dieci decurie o *gentes*, talchè trecento *gentes* formavano il *populus Romanus*. Ciascheduna di queste *gentes* si componeva di più famiglie, le quali avevano avuto una origine comune; avevano lo stesso nome, comunanza di sacri: diritti e obbligazioni scambievoli le legavano insieme; diritti in special modo di successione legittima in mancanza di *agnati*, e corrispondenti diritti di tutela. I componenti la stessa *gens* dicevansi fra loro *gentiles*, nome che indicava appunto relazioni giuridiche, politiche e religiose, fra le più famiglie componenti questo sodalizio. Quelli che costituivano una *gens* dicevansi *patres;* e si distinguevano in *juniores* e *seniores*. Fra i *seniores* si sceglievano i senatori, uno per decuria. Gli *juniores* erano i cavalieri (*celeres*), i quali entravano nel senato dopo aver fatto il servigio militare.

§ 44. L'assemblea delle trecento *gentes* nei comizi dicevasi *comitia curiata*. In essa risiedeva il potere sovrano; essa si occupava degli affari tutti dello Stato; esercitava il potere legislativo; deliberava sulla guerra e sulla pace; creava i magistrati, giudicava in appello dei delitti pubblici, ed eleggeva il capo dello Stato, chiamato *rex*, re, o rettore politico e militare. In questi comizi curiati i voti si contavano per curie, ed in ogni curia era vinto quel partito, nel quale consentiva la maggiorità delle *gentes*. In ciascheduna *gens* aveva voto il solo capo di ogni famiglia.

§ 45. L'elezione del re era fatta sulla proposizione del senato; il popolo la confermava, e l'eletto, presi gli auspicii, convocava di nuovo il popolo, che mediante un decreto (*lex curiata de imperio*) gli conferiva il potere supremo (*justum imperium*). Il re era eletto alternativamente fra i *Ramnes*, come lo furono Romolo e Tullio, e fra i *Tities*, come Numa ed Anco. Era eletto a vita, aveva il potere supremo militare, era capo del sacerdozio, aveva il diritto di convocare il popolo nei comizi, di scegliere i senatori, di presiedere al senato; aveva dunque l'amministrazione interna ed esterna dello Stato, in pace ed in guerra; era, come oggi si dice, il capo del potere esecutivo.

§ 46. Fra il *populus* ed il *rex* stava il senato, specie di consiglio del re, e composto di rappresentanti delle trecento *gentes*, scelti, come abbiamo detto, dal re. Il senato fu composto da primo di cento, poi di duecento, in ultimo di trecento senatori, che tanti furono quando le tre tribù *Ramnes*, *Tities*, *Luceres*, costituirono un solo Stato. I *Ramnes*, perchè i più antichi fra queste tre schiatte associatesi, conservarono alcuni privilegi, come quello, esempigrazia, che i loro rappresentanti votassero i primi; privilegio importante per la sua morale efficacia. Il senato, consiglio del re, preparava e studiava i progetti di legge, che il re gli sottoponeva, su i quali poi votava il *populus* nei comizi. I comizi deliberavano sulla guerra e sulla pace, sulla legislazione, non che sulla scelta dei magistrati; ma in tutte queste questioni dovevano aspettare la proposizione del senato, proposizione che potevano rigettare, ma cui non potevano sostituirne altra.

§ 47. L'elezione dei re, l'abbiamo detto, si faceva dalle curie sulla proposizione del senato, ma nel tempo necessario alle curie per votare e conferire il potere, il senato provvedeva all'interregno, nominando nel suo seno un magistrato fra i primi dieci senatori, che del re faceva le funzioni (*interrex*), il quale si rinnuovava ogni cinque giorni.

§ 48. Magistrature principali dopo il re erano il *tribunus celerum* pel comando militare dell'esercito, ed il *custos urbis* pel governo civile dello Stato. Dopo il *tribunus celerum* venivano i tre tribuni, o capi delle tre tribù costituite dalle tre schiatte *Ramnes, Tities e Luceres,* poi i trenta curioni capi delle trenta curie, poi i trecento decurioni o capi delle trecento de-

curie. Assente il re, lo rappresentava il *custos urbis*, magistratura che andava congiunta alla dignità di primo senatore, e che era a nomina regia. Generalmente sulla proposizione del senato, e previa l'approvazione del *populus*, venivano dal re nominati i magistrati. Il re, amministratore delle pubbliche rendite o entrate, preponeva a quest'ufficio due *quæstores*, custodi dell'erario pubblico. Oltre a questi magistrati esistevano due questori per la persecuzione dei delitti, *quæstores parricidii*, presieduti dal re, i quali giudicavano del *parricidium*. I *duumviri perduellionis* erano dei giudici, che il re faceva nominare e cui presiedeva, perchè giudicassero sul delitto di perduellione. Dalle sentenze di questi giudici, potevasi appellare al popolo riunito nei comizi.

§ 49. Per formarsi un'idea della costituzione di Roma in questi primi tempi, è necessario parlare dei *clienti* e della *plebe*.

a) I *clienti*, secondo l'opinione del Niebhur, erano gli stranieri che venivano a stabilirsi in Roma, e che essendo senza diritti nello Stato, si ponevano sotto la protezione o patronato dei *patres*. Clienti erano pure gli schiavi manomessi: clienti i sudditi di uno Stato col quale esistevano trattati di alleanza, che venendo in Roma si sceglievano un patrono. È molto probabile che le tre schiatte primitive, che formarono lo Stato, fossero, prima di venire a comporlo, già accompagnate e seguitate da dei clienti; conciossiachè la clientela fosse istituzione comune a tutti i popoli dell'Italia in quell'epoca. La clientela era una relazione fra il cittadino che godeva di diritti nello Stato e la persona che ne era priva, la quale appunto per questo si poneva sotto la protezione, o patronato dell'altro. A Roma il forestiero, perchè non era della città, era fuori del diritto; il diritto era per i soli cittadini. I clienti erano tollerati nello Stato, perchè sotto il patronato dei *patres*, che generalmente facevano loro coltivare le proprie terre, ed ai quali dovevano ossequio, fedeltà e devozione; e ciò in contraccambio della protezione che i *patres* loro accordavano. La condizione dei clienti era dunque molto simile a quella che nel medio evo ebbero i vassalli, e ricorda eziandio il famulato omerico.

b) I *plebei* erano i liberi abitanti del territorio conquistato, ai quali erano state lasciate le loro terre, che formavano un distretto intorno a Roma. Questi popoli vinti erano ricevuti è vero

come membri dello Stato, ma ridotti ad una condizione subalterna, specialmente di fronte al diritto pubblico, ossia all'esercizio dei diritti politici. Erano in miglior condizione dei forestieri, perchè membri dello Stato, ma ben lontani dal godere i diritti dei cittadini che componevano il *populus*, ossia la razza dei vincitori, i quali chiamavansi anche *patres*. I plebei appartenendo a schiatta diversa dai *patres*, non avevano il *connubium* con quelli. I plebei, non molti da prima, aumentarono di numero a mano a mano che il popolo romano estese le sue conquiste; quindi acquistarono a poco a poco una certa importanza. Essi spontaneamente fissarono la loro residenza in Roma, abitando specialmente il Celio e l'Aventino. Poi furono incorporati nelle tribù e nelle curie, perchè prestassero il servizio militare, pagassero le imposizioni, e prendessero parte alle cerimonie del culto. Ma non ebbero diritti politici, non poterono essere senatori, nè votare nelle curie, nè far parte delle *gentes*.

§ 50. Sembra che Tarquinio Prisco concepisse sul primo l'idea di parificarli ai *patres*, patrizi; lo che non gli venne fatto, ed egli dovè limitarsi a far ricevere nelle curie un certo numero delle più illustri famiglie delle città sottomesse, che presero allora il nome di *Ramnes*, *Tities*, *e Luceres secundi*, o *Patres minorum gentium*.

§ 51. I patrizi erano sostenuti dalla religione e dalla preponderanza che loro assicuravano le ricchezze e la clientela. Depositari dei misteri religiosi, fra essi soli reclutavasi il sacerdozio, composto di pontefici, di auguri e di sacerdoti; ai quali tutti presiedeva il re, cui spettava il supremo indirizzo delle cose religiose.

§ 52. La milizia era composta di tre legioni, una per tribù. Ogni tribù forniva tremila fanti e trecento cavalieri o celeri, in tutto novemila fanti e novecento cavalieri. Dopo Tarquinio Prisco pare che l'esercito fosse raddoppiato.

§ 53. Una causa importante della potenza dei patrizi era l'*ager publicus*. I Romani avevano l'abitudine di confiscare la maggior parte del territorio dei popoli vinti.

a) Le *terre coltivate*, misurate, erano vendute o locate a dei privati. Lo Stato talora le distribuiva a dei coloni che vi mandava, o le dava ai più poveri abitanti di Roma (*agri limitati, assignati*).

b) I *pascoli* rimanevano indivisi, ed ogni cittadino poteva farvi pascolare il proprio bestiame, pagando una contribuzione.

c) Le terre *assolutamente incolte* non erano divise, ma si promulgava un editto pel quale chiunque voleva coltivarle ne poteva pigliare possesso, pagando allo Stato un tributo, che consisteva in un *decimo* delle biade, ed in una *doppia decima* delle frutta. I soli patrizi potevano occupare questi terreni. Tale occupazione non dava la proprietà, ma un semplice possesso, (*possessio*) che lo Stato poteva revocare, e che difendeva e proteggeva finchè durava. Questi terreni non erano soggetti a misura od assegna, ma erano occupati fino ai confini naturali, onde si dicevano agri *arcifinales* o *arcifinii*. I patrizi davano a dissodare e coltivare siffatti terreni ai clienti, precariamente, (*precario*) cioè dietro le preci di questi, ai quali gli ritoglievano a loro beneplacito. I plebei non godevano di questi diritti sull'*ager publicus*, e potevano profittare soltanto dell'uso dei pascoli pubblici.

§ 54. I plebei ebbero spesso dai re protezione, perchè questi si appoggiavano volentieri su quelli per bilanciare il potere dei *patres*. Tullio Ostilio distribuì fra i plebei delle terre; Tarquinio Prisco fece, come abbiamo veduto, ricevere dei plebei fra i *patres*: ma il re che più degli altri favorì la plebe, fu Servio Tullio. Egli cominciò a dividere la città e la campagna in trenta distretti o regioni, *quattro* in città e *ventisei* in campagna, per modo che tutti i plebei di ciascheduna regione, componevano uniti una tribù locale, presieduta da un capo suo proprio. Le regioni della città furono suddivise in *vici*, quelle delle campagne in *pagi*. In ciaschedun *vico* o *pago* gli abitanti plebei formavano un comune separato, retto da un capo speciale, il quale teneva un registro esatto dei nomi, delle abitazioni e dei possessi. I capi di queste diverse tribù avevano facoltà di riunire la plebe, e queste adunanze delle tribù plebee furono i *comitia tributa*, comizi, che deliberavano sopra gli affari che interessavano esclusivamente la plebe. Costituita così la plebe in Comune, essa poteva cominciare a misurarsi col patriziato che si riuniva nelle curie. La nazione rimase per qualche tempo divisa in questa guisa.

§ 55. Ma Servio Tullio volle spingere più oltre le sue riforme; non volle antagonismo, sibbene fusione fra plebei e patrizi, volle che la *plebs* fosse riconosciuta qual parte dello Stato, e che anche essa divenisse *populus*. Per conseguire questo intento egli

stabilì un uffizio del censo, che permettesse di far pagare a tutti gli abitanti dello Stato una contribuzione in proporzione degli averi, contribuzione che sostituì all'antica capitazione o testatico, ossia tassa personale. Poi divise tutti gli abitanti, sia patrizi, sia plebei, in cinque classi:

a) La ***prima***, composta di ottanta centurie, comprendeva coloro che avevano 100,000 assi o più.

b) La ***seconda***; composta di venti centurie, comprendeva coloro che avevano 75,000 assi o più, ma non 100,000.

c) La ***terza***, composta di venti centurie, comprendeva coloro che avevano 50,000 assi o più, ma non 75,000.

d) La *quarta*. composta di venti centurie, comprendeva coloro che avevano 25,000 assi o più, ma non 50,000.

e) La ***quinta***, composta di trenta centurie, comprendeva quelli che avevano 12,500 assi o più, ma non 25,000.

Ogni classe era suddivisa in ***juniori*** e ***seniori***; ed in ogni classe tante erano le centurie degli juniori, quante quelle dei seniori. Astrazion fatta dal censo, furono unite alla ***prima*** ed alla ***quarta*** classe tre o quattro centurie di armaioli, falegnami e suonatori di bellici istrumenti. Dietro a queste cinque classi furono aggiunte quattro centurie separate. Le ***due prime*** composte di cittadini che non avevano 12,500 assi, ma che avevano più di 1,500 assi. I componenti queste centurie si chiamavano ***accensi, velati***, o forse ***relati*** (***accensi*** cioè aggiunti al censo, ***e relati*** cioè riportati in questa centuria per punizione). Le ***altre due*** centurie erano composte, la prima dei ***proletarii***, che non avevano più di 1,500 assi; la seconda dei ***capite censi***, (i più piccoli possidenti, coi quali si chiudeva il capitolo del censo) i quali non avevano più di 375 assi. Coloro che non potevano entrare neppure in quest' ultima centuria supplementaria, dicevansi ***ærarii***.

§ 56. Questa divisione serviva ad un triplice scopo: 1° era base alla formazione dell'esercito; 2° serviva all'esercizio dei poteri politici; 3° ed alla repartizione delle imposizioni.

a) Era base alla formazione dell'esercito, perchè tutti gli ascritti alle centurie erano militi. I seniori componevano la guardia della città; gli juniori l'esercito mobile o attivo; da ogni centuria si reclutava un contingente, proporzionato al numero di persone che la componevano. I militi della prima classe avevano

l'armatura più grave, e combattevano in prima fila; i militi della seconda erano l'infanteria leggiera. Gli *accensi velati* o *relati* andavano senza armatura, e si cuoprivano con quella dei caduti, dei quali occupavano il posto. I *proletarii* per lo più non facevano parte dell'esercito, ma in caso di bisogno erano armati a spese del Comune. I *capite censi* non militavano mai. Le centurie degli armaioli e falegnami, erano quello che oggi sono i *pionieri*; e le centurie dei suonatori, le nostre bande musicali. Quanto alla cavalleria, Servio Tullio conservò le centurie primitive dei celeri; ma le portò fino a sei; esse rimasero composte di soli patrizi. A queste *sei* centurie ne aggiunse *dodici*, che trasse dalla plebe sopra un censo a noi ignoto.

b) Questa divisione in classi servì, oltre che all'organamento dell'esercito, all'esercizio dei poteri politici. Servio se ne valse per introdurre una nuova forma di comizi, che comprendevano tanto i patrizi quanto i plebei, i *comizi centuriati*. Tutti i cittadini ascritti a centurie avevano il diritto di dare il suffragio; peraltro ogni centuria contava di rimpetto all'altra per un solo voto. Con questa accorta disposizione veniva assicurata ai facoltosi un'assoluta preponderanza, poichè la prima classe avendo ottanta centurie, anche senza contare le diciotto di cavalieri, aveva una maggiorità numerica; mentre le altre classi non ne avevano che venti, e trenta al più, l'ultima. Eziandio all'età si era avuto il debito riguardo, perocchè i seniori delle singole classi, benchè inferiori di numero, avevano lo stesso numero di suffragi degli juniori. Attalchè queste centonovantacinque centurie, che tante sono in tutte, costituivano l'esercito, e rappresentavano la nazione. Quindi esse deliberavano nei comizi centuriati (*comitia centuriata*) sulle leggi, sulle elezioni dei magistrati, sulla nomina dei re. Ciò non pertanto i comizi delle curie non furono aboliti; anzi le deliberazioni dei comizi centuriati furono per molto tempo obbligatorie solamente dopo l'approvazione delle curie.

c) Ogni classe pagava delle imposizioni differenti; più gravi la prima, meno gravi la seconda, e così via via in progressione decrescente.

§ 57. Queste ardite innovazioni di Servio Tullio gli inimicarono i patrizi, e Tarquinio col loro aiuto lo assassinò, e fu creato re. Questi volle togliere alla plebe quanto per Servio Tullio erale stato conceduto, e non contento di farsi avversa cotale impor-

tantissima parte dei cittadini, volle farla da tiranno rimpetto pure ai patrizi ed al senato. Scoppiò allora una sollevazione generale: egli fu scacciato, e la regia dignità abolita. Nella repubblica instaurata, i poteri che prima competevano al re, furono attribuiti ai consoli, chiamati in origine pretori; primi dei quali, come è noto, furono Tarquinio Collatino e Giunio Bruto; quest'ultimo di origine plebea.

§ 58. I patrizi ebbero sul principio del nuovo ordinamento molta condiscendenza per i plebei, e le leggi di Servio Tullio furono ritornate in vigore; ma ben presto riprese piede l'antico sistema di oppressione. I consoli, eletti annualmente e sulle proposizioni del senato, intendevano ad amicarselo, e però favorivano il patriziato nel quale si reclutava. Arme formidabile, che i patrizi si erano fabbricata, era la dittatura; dignità cui non poteva aspirare chi patrizio non era, e la quale sebbene istituita contro i nemici esterni, contro la plebe veniva troppo di frequente rivolta. Dei comizi il patriziato aveva, per così dire, la supremazia, perocchè grande potere esercitavano in quelli coi sacri riti i sacerdoti, (patrizi tutti), e lo stuolo dei clienti col numero. Esenti dalle imposizioni fondiarie, perchè l'*ager publicus*, nel quale consisteva la massima parte di loro ricchezze, non pagava imposizioni, queste cadevano tutte sulla plebe, la quale non poteva neppure, per ottenere un alleviamento alle medesime, far diffalcare dal valore nominale dei patrimoni, i debiti che li gravavano. Aggiungasi un sistema rovinoso di usure, che impoveriva i plebei, e che portava ad esecuzioni personali crudelissime Angariata da tante parti la plebe, si sollevò, ed abbandonò la città, ritirandosi sul monte Sacro e sull'Aventino. E questa fu la *secessio* che avvenne 260 anni dopo la fondazione di Roma. Atterriti i patrizi scesero agli accordi.

§ 59. Per transazione vennero istituiti due tribuni eletti dai comizi tributi, i quali ebbero per missione la difesa degli interessi della plebe; furono dichiarati inviolabili, (*sacrosancti*) ebbero facoltà di opporre il loro *veto* a tutti gli atti del senato e di qualsivoglia magistratura; poterono tradurre dinanzi al popolo, chiunque ne avesse avversato i voleri. Furono prima *due*, poi *cinque*, in seguito *dieci*. A supplirli furono eletti degli *edili*, incaricati della polizia, e specialmente destinati alla custodia del tempio di Cerere, ove si accoglievano gli archivi dello Stato. Tuttavolta

quest' istituzione del tribunato non valse a salvare i plebei dalla prepotenza dei patrizi, i quali osarono perfino trucidare dei tribuni.

§ 60. Stanca la plebe per tanti abusi, volle che alla perfine le fosse assicurata uguaglianza col patriziato di fronte alla legge. Laonde dopo lunghi e laboriosi contrasti, si fermò l' accordo, che i magistrati tutti dovessero cessare dalle respettive funzioni; che la somma dei loro poteri passasse nelle mani di dieci patrizi, *decemviri*, incaricati di compilare una legge o statuto fondamentale dello Stato. Il resultamento dei lavori di costoro, furono dieci Tavole che pubblicarono; le quali essendo sembrate in qualche parte manchevoli e difettose, l'anno di poi furono accresciute di altre due Tavole compilate da dei nuovi decemviri, fra' quali cinque erano plebei. In questa guisa, 304 anni dopo la fondazione di Roma, ebbe vita quella famosa legislazione, che fu detta delle XII Tavole.

CAPITOLO II.

FONTI DEL DIRITTO.

In questo periodo primo, furono :

§ 61. A) La consuetudine, i costumi (*mores majorum*).

§ 62. B) Le *leggi regie*; votate dal popolo sulla proposizione de' re, delle quali pochi avanzi sono giunti fino a noi, e tutti risguardanti il culto e la religione. Pomponio narra che un Papirio o Papisio, pontefice vissuto ai tempi di Tarquinio il Superbo, riunì queste leggi regie in una collezione, che ebbe nome di *jus Papirianum*, la quale è da ritenere che avesse autorità e credito, perocchè sappiamo che sull' ultimo scorcio della repubblica fu commentata dal chiaro giureconsulto *Gravio Flacco*. Nel secolo XVI fu creduto che le leggi di Romolo fossero state ritrovate scritte nella loro tavola originale, la quale dal nome del preteso inventore, fu chiamata *tabula Marliani;* ma quella tavola era in effetto una ricostruzione tutta congètturale delle leggi regie e del gius Papiriano, opera di Marliano, che a compilarla si era valso delle indicazioni sulle leggi regie, trovate negli antichi scrittori.

§ 63. C) La legge delle XII Tavole è il fonte più importante del diritto in questi tempi. Le otto prime tavole risguardavano la procedura, il diritto privato, ed il diritto criminale; la nona, il diritto pubblico; la decima, il diritto sacro; le due ultime erano

un supplemento alle dieci prime. Fu disputato se fossero di avorio, di querce o di bronzo; sappiamo per certo che furono arse nell'invasione dei Galli. Delle nuove ne vennero fatte, che, per testimonianza di san Cipriano, esistevano tuttora nel terzo secolo dell'êra cristiana. È stato lungamente ritenuto che queste leggi fossero imitate dalle greche, e che i decemviri inviassero una deputazione in Grecia appunto perchè copiasse quei modelli; nel qual lavoro un Ermodoro di Efeso, esiliato, si pretese, facesse da interprete, ed aiutasse a compilarle. Ma questo racconto fu da alcuni moderni scrittori tacciato di favoloso, mentre altri lo difesero; e con grande dottrina e con grande sforzo di argomentazione la questione fu trattata per ambedue le parti. Vuolsi per altro convenire che grande somiglianza, almeno negli essenziali principii, non occorre fra le leggi greche e la legge decemvirale; quindi non è improbabile che il viaggio in Grecia, se viaggio fu fatto, fosse un accorto ritrovato dei patrizi per procrastinare l'opera legislativa. Nell'anno posteriore alla destituzione dei decemviri, le XII Tavole furono esposte al pubblico nel fòro. Grande fu il rispetto, anzi la venerazione, che questa legislazione si ebbe. Nelle scuole era imparata a memoria qual carme necessario, *tamquam necessarium carmen;* gli scrittori la chiamavano *lex* senza altro epiteto, qual legge per antonomasia; e dicevano *legitimum* tuttociò che era a quella conforme, o ne derivava.

§ 64. Alcuni frammenti ne sono giunti fino a noi, conservati nelle opere di antichi scrittori. Fu tentato di ricostruirla con questi rimasugli, ed il Gotofredo pel primo riuscì sufficientemente in questa ardua impresa. Ai tempi nostri Haubold e Dirksen, a giudizio degli eruditi, meglio degli altri si adoperarono in cotal lavoro.

CAPITOLO III.

STATO DELLA GIURISPRUDENZA.

§ 65. In questo periodo non poteva essere vera cultura scientifica del diritto, imperocchè il diritto stesso a mala pena cominciava a svolgersi.

II° PERIODO.

Dalla legge delle XII Tavole fino ai tempi di Cicerone.

CAPITOLO I.

AVVENIMENTI POLITICI.

§ 66. La lotta fra plebe e patriziato, cominciata nel periodo antecedente, sèguita in questo; cessa soltanto con la sconfitta dei patrizi, ai quali vengono parificati i plebei. Lo Stato romano estende i suoi confini, l'Italia diviene romana, ed il suo territorio è parificato all'antico *Agro Romano*. I paesi conquistati fuori d'Italia sono ridotti in provincie. Di cotali avvenimenti è prezzo dell'opera parlare con qualche diffusione, ed esaminarne gli effetti.

§ 67. La legge delle XII Tavole fu compilata per uguagliare i diritti del patriziato e della plebe. Ma l'uguaglianza dinanzi alla legge (*æquatis legibus*) se fu stabilita per riguardo al diritto privato, non lo fu per riguardo al diritto pubblico. Fusione fra i due ordini non si volle dal patriziato; tanto che nelle due ultime tavole fu confermato l'antico divieto dei connubi fra i *patres* e la *plebs*: *ne connubium patribus cum plebe esto*. Tuttavolta nell'anno 309, dalla fondazione di Roma, il tribuno Canuleio propose un plebiscito, il quale aboliva il divieto di siffatti connubi; e questa *lex Canuleja* fu accolta.

§ 68. Mancava ai plebei l'eligibilità alle magistrature più dignitose della repubblica. Ma nell'anno 310 i tribuni della plebe reclamarono pel loro ordine l'onore del consolato. Ad eludere queste domande, i patrizi fecero sostituire ai consoli sei tribuni militari (*tribuni militum*), dei quali tre potevano essere scelti fra i plebei. Più presto che ammettere la plebe al consolato, fu momentaneamente sospesa questa magistratura. Ma sebbene i plebei potessero rivestire la dignità di tribuni militari aventi potestà consolare (*tribuni militum consulari potestate*), di fatto riusciva ai patrizi, brogliando nei comizi, di escluderli, in special modo, con

pretesti religiosi, facendo annullare dai pontefici le elezioni dei plebei. Il potere di tali tribuni militari fu intermittente, e durante quaranta anni, il consolato e questo tribunato alternativamente si succederono, secondo che la plebe od il patriziato aveva il disopra nella guerra fra questi due ordini combattuta.

§ 69. I patrizi fattisi accorti che alla perfine non sarebbe loro venuto fatto di escludere la plebe dal consolato, nell'impossibilità di difenderlo ulteriormente, lo smembrarono, togliendo ai consoli le attribuzioni di capitale importanza, per conservarle all'ordine loro. Di qui ebbero origine la pretura, la censura, la questura, e l'edilità patrizia.

§ 70. Ma invano i patrizi così si maneggiarono; imperocchè dopo un contrasto di bene 70 anni, Licinio Stolone tribuno riuscì a fare ammettere la plebe al consolato, anzi la *lex Licinia* dell'anno 385 ordinò che uno dei consoli avesse necessariamente ad essere eletto fra la plebe; e nell'anno 412 ambidue i consoli poterono essere plebei. Nel 418 furono i plebei ammessi alla pretura, e Quinto Publilio Filone fu il primo pretore plebeo; nel 450, all'edilità patrizia o curule giunse perfino il figlio di un liberto; e nel 502, Tiberio Coruncanio, plebeo di origine, ottenne la dignità di pontefice massimo; capo di quel sacerdozio, il quale nei primi tempi si reclutava soltanto fra i patrizi.

§ 71. Una fra le cause del potere dei patrizi, come dicemmo, era il loro privilegio di ottenere la *possessio dell'ager publicus* in modo illimitato; la quale se non era un'assoluta proprietà, ne aveva pressochè tutti i vantaggi, senza il grave carico del pagamento delle imposizioni. Licinio Stolone, per farsi sempre più accetto alla plebe, e specialmente alla parte più povera della medesima, che era indifferente nella questione del consolato, fece un'altra rogazione (*lex Licinia de modo agri*) per la quale si voleva che nessuno potesse possedere più di 500 jugeri nell'agro pubblico, nè mantenere sui pascoli dello Stato (*saltus publici*) più di cento capi di grosso bestiame, e cinquecento di minuto. Ed anche questa legge fu approvata. E questa *lex Licinia* (385) fu una delle prime leggi agrarie, delle quali tanto si parla e che tanto vengono svisate; perocchè mentre si attribuisce loro l'intendimento, non so se più stolto o odioso, di allivellare le proprietà private, di uguagliare le ricchezze, esse miravano invece a fare argine alle usurpazioni che sulla proprietà pubblica si commette-

vano per parte di un solo ordine di cittadini; a stabilire, che tutti indistintamente potessero godere dei vantaggi da quella proprietà derivanti.

§ 72. Piaga dell'ordine plebeo erano le usure rovinose, e rese più acerbe da esecuzioni personali crudeli a carico degli insolventi. I patrizi, padroni di grandi ricchezze, prestavano ai plebei il danaro ad un interesse eccessivo. Nell'impotenza in cui questi ultimi si trovavano di dimettere i debiti contratti, erano obbligati a darsi in pegno, adoperando una vendita solenne *per æs et libram,* per la quale rimanevano in *mancipio* del creditore (*nexi*) finchè non avevano scontato il debito; oppure il creditore se li faceva aggiudicare in proprietà dal magistrato quasi come schiavi (*addicti.*) Il tribuno Licinio aveva di già cercato di migliorare le condizioni dei debitori con la sua rogazione sui debiti; la quale portava che le usure omai pagate si diffalcassero dal capitale, e che il residuo fosse rimborsato ad un tanto l'anno, dentro il termine di tre anni; quando nell'anno 428, le rigorose disposizioni della legge delle XII Tavole sui *nexi* furono modificate da una *lex Petilia Papiria.* Per questa legge fu proibito che i debitori si dessero *per æs et libram* in pegno ai creditori. Ed ai creditori, se fu lecito tuttora di imprigionare i debitori insolventi, non fu più permesso di tenerli in ceppi, nè di esporli in vendita.

§ 73. Altre leggi concederono alla plebe non pochi vantaggi; esempigrazia, mentre per lo innanzi ognuno doveva armarsi e militare a proprie spese, onere gravissimo pei poveri, fu stabilito pel futuro un soldo pei militi. Furono altresì ordinate delle distribuzioni di grano, *frumentariæ largitiones.* Fu soppresso per i proprietari dei fondi limitrofi alle strade, l'obbligo di mantenerle; furono abolite le imposizioni repartite sul censo.

§ 74. La maggior parte di queste leggi favorevoli alla plebe, ed alla parte più povera della medesima, furono provocate da Sempronio Gracco, dal quale ebbero nome. Egli fece rinnuovare la *lex agraria* di Licinio; e per le sue rogazioni non soltanto un certo numero di uomini liberi fu impiegato a coltivare l'*ager publicus*, ma a niuno fu lecito occuparne una maggiore estensione di quella che con le proprie braccia potesse coltivare.

§ 75. Ancora nel potere legislativo la plebe ebbe più larga parte, e ciò principalmente in forza delle leggi Valeria Orazia

(anno 305), della legge Publilia (416), della legge Menia (467), e della legge Ortensia (468), delle quali parleremo fra breve. Per le quali cose apparisce come i *patres* in questo periodo perdessero ogni giorno più la preponderanza, che avevano nel governo della repubblica. A questo resultamento conferì non poco la progressiva diminuzione di numero delle loro casate; diminuzione derivante dalle guerre che la repubblica faceva continue, e dalla avversione, che, per i perduti costumi, il patriziato aveva al matrimonio. Aggiungasi esser fatto constatato dall'istoria di tutti i popoli, che la linea mascolina di qualunque stirpe a capo d'un certo numero di anni si estingue; il che anche in Roma intervenne. Così sparivano le differenze fra le due caste; esse insensibilmente si confusero insieme, ed ebbe termine quella lotta, che aveva avuto origine dalla diversa condizione giuridica, nei primi tempi di Roma, fra la schiatta dei vinti e quella dei vincitori.

§ 76. Ma al cessare di questa lotta, ne surse un'altra più triste e minacciosa, la lotta fra il povero ed il ricco. I plebei divenuti doviziosi e potenti, ammessi a tutte le magistrature, imitarono le arti degli antichi patrizi; adoperarono lo stesso sistema di oppressione a carico dei poveri; col numeroso stuolo dei loro servi impedirono la concorrenza del lavoro degli uomini liberi, i quali per maggiore sventura, disprezzando ogni industria come indegna di loro, all'infuori dell'agricola, non potevano con i sottili proventi di questa sopperire a' loro bisogni. Le immense ricchezze affluite in Roma per lo spoglio dei popoli debellati fecero germogliare la più fatale corruzione; le prische virtù latine si fecero più rare; la mollezza, il lusso, il mal costume, le discordie intestine, indebolirono a poco a poco la repubblica; talchè facilmente finì soffocata dalla tirannide imperiale. Tale è il quadro degli avvenimenti politici più sporgenti che occorrono nell'epoca attuale; ma a colorirlo, importa accennare quale era l'organamento politico dello Stato.

§ 77. Tre assemblee popolari differenti esistono sul principiare di questo periodo. Agiscono l'una a lato dell'altra, e le relazioni fra i loro poteri, sono per qualche tempo mutabili; esse hanno nome di comizi *centuriati, tributi, e curiati.*

§ 78. *A*) I comizi centuriati (*comitia centuriata, comitiatus maximus*), hanno l'esercizio più incontestato del potere legislativo. Votano sulle leggi che vengono loro proposte, eleggono i più

notabili magistrati, specialmente i consoli. Le curie avevano un tempo la facoltà di approvare le leggi votate dalle centurie, o di rifiutare a quelle il loro assenso; ma dopo la *lex Publilia* (415) quest'approvazione fu dichiarata inutile. Le curie dovevano per lo innanzi, sanzionare le elezioni alle magistrature fatte dalle centurie; per la *lex Mœnia* anche il bisogno di questa sanzione fu tolto. La legge decemvirale eresse i comizi centuriati in tribunali criminali, competenti a giudicare qualunque cittadino; tuttavolta per molto tempo ancora i patrizi si arrogarono il diritto di giudicare nuovamente nei comizi curiati quelli della loro casta giudicati dalle centurie; e viceversa i tribuni della plebe citarono spesso dinanzi ai comizi tributi i magistrati, che dalle curie erano stati assoluti.

§ 79. È da osservare che in questo periodo, ma in epoca che non sappiamo precisare, nell'organamento delle centurie si verificò una notabile mutazione. Le classi e le centurie vennero ridotte a suddivisioni delle tribù, ed alle tribù furono ascritti non soltanto i plebei, ma ben anco i patrizi. La riforma in discorso, pare che fosse attuata nel modo seguente. Ogni tribù che comprese d'ora innanzi anche i patrizi, fu divisa nelle cinque classi istituite da Servio Tullio, fondate sul censo. Ogni classe fu suddivisa in due centurie, una di *juniores*, l'altra di *seniores*, di modo che ogni tribù venne ad avere cinque classi e dieci centurie. E quando sul cadere della repubblica, le tribù furono trentacinque in tutte, constarono di trecentocinquanta centurie, delle quali 175 di *juniores*, ed altrettante di *seniores*. Ed essendo ognuna delle trentacinque tribù divisa in cinque classi, ed ogni classe in due centurie, le cinque classi istituite da Servio Tullio vennero cumulativamente ad avere ciascheduna trentacinque centurie di *juniores* e trentacinque di *seniores*, cioè settanta centurie per classe. Per siffatta maniera scomparve la preponderanza, che per la costituzione di Servio Tullio, aveva la prima classe (da esso composta di ottanta centurie) sulle altre, che constavano di venti centurie, come la seconda, la terza e la quarta; o al più di trenta centurie, come la quinta. Nel nuovo sistema, per lo contrario, ogni classe ebbe settanta centurie, sparse due a due nelle trentacinque tribù. I cittadini di ognuna delle cinque classi votavano nella respettiva tribù, e quando tutti avevano votato, lo spoglio dei voti si faceva per tribù. La prima classe conservò in ciascheduna tribù il privilegio di votare la prima.

§ 80. *B) I comizi tributi,* ossia della plebe, si occupavano degli affari risguardanti la medesima. In essi erano eletti i tribuni, ed altri magistrati di minor conto. La plebe discuteva in questi comizi sulle proposizioni, che poi dovevano essere sottoposte alle centurie. Le decisioni dei comizi tributi chiamavansi *plebiscita,* mentre quelle dei comizi centuriati, *populiscita.* Un plebiscito aveva forza di legge quando era stato sanzionato dai comizi curiati e dal senato; ciò per disposto della *lex Horatia Valeria* (305.). Ma la *lex Publilia* (416) dispensò i plebisciti dalla sanzione delle curie, come da questa sanzione vedemmo che dispensò anche i populisciti, o decreti delle centurie. Finalmente la *lex Hortensia* (468) diede forza di legge a qualunque plebiscito, ancorchè non sanzionato dal senato. I plebisciti obbligarono allora l'*universum populum,* e le *leges populi* o *populiscita* ebbero lo stesso valore dei *plebiscita.* Da questo momento in poi, la plebe divenne parte dello Stato; ed i tribuni furono magistrati della nazione, e non di un solo ordine della medesima.

§ 81. *C) I comizi curiati* vennero meno nell'importanza loro primitiva, a mano a mano che aumentò quella dei comizi tributi; e sull'ultimo non ebbero altro potere che di conferire l'*imperium* ai magistrati eletti, ossia di dare loro l'investitura dell'ufficio. Rimase per qualche tempo una reminiscenza di questi comizi nell'assemblea dei trenta littori, assistiti dagli auguri e dai pontefici; finchè essa pure disparve.

§ 82. In questo secondo periodo, al senato spettava l'amministrazione degli affari pubblici sì interni che esterni; provvedeva all'ordinamento del culto; vegliava alla sicurezza esterna dello Stato; trattava gli affari internazionali; presiedeva all'organamento dell'esercito; decretava le imposizioni, e amministrava le pubbliche rendite; statuiva sul bottino e sul territorio conquistato, e nominava nel suo seno i commissari destinati a reggere ed ordinare i paesi sottomessi. I decreti del senato dovevano essere obbediti, quando regolari, e purchè un tribuno non avesse opposto ai medesimi il suo *veto.* Questi decreti (*senatusconsulta*) erano trascritti nei libri pubblici e deposti nel tempio di Cerere, ove erano gli archivi, costoditi dagli edili plebei. Dal momento di questa trascrizione e deposito, acquistavano forza di legge. Quando a un decreto del senato fosse stato opposto il *veto* da un tribuno, o quando quel decreto per qualche ragione di forma non fosse

stato regolare, doveva essere redatto in iscritto, ma come semplice autorevole opinamento (*senatus auctoritas*), e se ne traeva motivo per una proposizione nuova al senato o al popolo. I consoli, ed in loro assenza i pretori, come pure i tribuni della plebe, potevano convocare il senato con un editto, o in caso di urgenza per mezzo di cursori; e le adunanze si facevano in un luogo sacro; non è certo se fossero o no periodiche. Il decano del senato era il primo a votare, in seguito votavano gli altri per ordine di anzianità, e poi di dignità derivante da orrevoli uffizi esercitati nella repubblica. Quei senatori, che avevano rivestito dignità curule, potevano motivare il loro voto. Dopo i re, furono i consoli, e quindi i censori che scelsero i membri del senato. Senatori furono da primo i soli capi delle *gentes*, in seguito i più notevoli patrizi; finalmente i magistrati insigniti di dignità curule ebbero seggio, e voto in senato; e quivi rimanevano, anche deposto l'ufficio loro, fino al prossimo lustro; allora non venendo eletti dai censori, uscivano. Negli ultimi tempi della repubblica fu stabilito un censo senatorio in 800,000 sesterzi, il doppio di quello dei cavalieri, censo che Augusto poi accrebbe. La dignità di senatore in origine limitata ad un lustro, fu a vita; ma si perdeva per cagione di infamia e di esclusione censoria.

§ 83. Una parola ora, delle magistrature. Erano queste ordinarie e straordinarie.

A) *Ordinarie*, cioè elette ad epoche fisse, erano: *a*) i consoli, *b*) i pretori, *c*) i censori, *d*) gli edili curuli, *e*) i questori.

§ 84. *a*) I *consoli* erano due, ed il loro ufficio durava un anno. Succeduti ai re, ne ereditarono quasi tutti i poteri; quindi anch'essi furono capi del potere esecutivo, e generali degli eserciti. In origine ebbero competenze giudiciarie, tennero il censo dei cittadini, ordinarono le feste pubbliche; ma perderono queste attribuzioni, quando i patrizi smembrarono il consolato, affinchè tanta somma di poteri non cadesse in mano di un plebeo. Stando in Roma, presiedevano al senato ed ai comizi centuriati; e fino agli ultimi tempi della repubblica, dalle sentenze del pretore si appellava a loro. Ma essendo pressochè continuo lo stato di guerra, poco si occupavano degli affari interni, ed alle faccende belliche quasi esclusivamente attendevano, dividendosi fra loro o a sorte, o per accordo, il comando. Negli ultimi tempi della repubblica cessarono dal capitanare gli eserciti, e passarono ordinariamente

l'anno in Roma, scorso il quale, ottenevano l'amministrazione di una qualche provincia (*pro consule.*)

§ 85. *b*) Una magistratura, più delle altre prossima a quella dei consoli, era la *pretura.* La voce *prætor* deriva da *præ ire,* ed indica il primo uffizio della repubblica, e però questo nome prima si attribuiva ai consoli, dei quali il pretore poi fu collega e sostituto nella città, nel senato, e nelle assemblee popolari, quando i consoli erano al campo. Quello che nel primo periodo era il *custos urbis,* in questo, sotto il titolo di *prætor urbanus*, lo fu il pretore; il suo imperio era minore di quello dei consoli, ai quali prestava ossequio ed obbedienza. Allorquando la plebe fu ammessa al consolato, la pretura fu riconosciuta qual magistratura indipendente e separata dal consolato, rivestita di competenze giudiciarie, e conseguibile soltanto dai patrizi. Il *pretore urbano* non poteva giudicare se non che nelle liti insorte fra i cittadini romani. Lo straniero, lo dicemmo, per far valere i propri diritti in Roma, era astretto a nominarsi un patrono fra i cittadini, che lo rappresentasse ed agisse per lui in giudizio. Ma aumentate le relazioni dei Romani con gli stranieri, e molti di questi stabilitisi in Roma, siffatto sistema come incomodo troppo fu abbandonato, e nel 507 fu creato un pretore per amministrare la giustizia fra gli stranieri, o fra cittadini e stranieri; esso fu detto *prætor peregrinus.* Allora uno dei pretori fu sempre patrizio, l'altro plebeo. Il pretore peregrino aveva la sua residenza in Roma, da dove partiva per fare un giro nelle provincie, nelle quali la sua presenza era reclamata dal bisogno di decidere liti. Estese le conquiste del popolo romano, fu di mestieri eleggere dei pretori speciali per le provincie; così due pretori furono eletti per la Sicilia e la Sardegna, e due per la Spagna citeriore ed ulteriore. Il loro numero poi si accrebbe fino a dieci; ma il pretore urbano ebbe sempre supremazìa sugli altri; e tanto grande reputavasi l'importanza del suo ufficio, che non gli era lecito assentarsi da Roma per più di dieci giorni. Dopo l'anno del loro ufficio i pretori passavano a governare le provincie (*pro prætore.*)

§ 86. *c*) I *censori,* eletti dalle centurie nel seno del senato, non si ingerivano se non che in affari di economia pubblica. Dirigevano l'uffizio del censo, regolavano le imposizioni, e gli appalti delle pubbliche rendite; amministravano il demanio, ed allogavano a cottimo i lavori e le costruzioni, richiesti dai bisogni dello

Stato. Questa magistratura durava diciotto mesi e si rinnuovava ogni cinque anni, nè poteva essere esercitata da un cittadino più di una volta in sua vita. Sindacava rigorosamente i costumi e le azioni di tutti: ed a suo libito, taluno premiava inalzandolo, tal altro abbassando puniva; conciossiachè i censori, come rettori del censo, potessero far mutare ai cittadini classe, centuria, o tribù, degradare i senatori ed i cavalieri, sospendere in qualunque cittadino l'esercizio dei diritti politici, escludendolo dal censo, e collocandolo fra gli *ærarii*. Di qui la reverenza ed il rispetto con cui si proseguiva quest' uffizio, che si deferiva ai consolari più illustri.

§ 87. *d*) Gli *edili curuli* furono due magistrati, che i patrizi vollero creati per la classe loro, a somiglianza degli *edili plebei*, ma che furono rivestiti di attribuzioni più elevate. Gli edili plebei erano in origine incaricati della Polizia sotto la direzione dei tribuni; istituiti gli *edili curuli*, a quei primi rimasero funzioni subalterne, come della sorveglianza sui mercati, della nettezza delle vie, dell' esattezza nei pesi e nelle misure: e questi ultimi ebbero invece l' alta Polizia; quindi ebbero a sopravvedere al mantenimento delle strade, dei ponti, dei templi e degli anfiteatri, all' approvvigionamento della città, ai giuochi pubblici, all'uso legale dei campi e dei pascoli pubblici, al rispetto pel culto dello Stato, alla punizione degli avvelenatori, degli stregoni, usurai ec. In cotali ingerenze avevano una giurisdizione loro propria. Queste due classi di edili si confusero con l' andar del tempo, ma non sappiamo come, nè perchè.

§ 88. *e*) I *questori* erano i depositari e custodi del tesoro. Due in origine, il loro numero venne raddoppiato (335) quando i plebei furono ammessi a quest'uffizio; ed allora due furono *urbani* e due *militari*. Questi ultimi accompagnavano i consoli al campo in qualità di commissari. Silla portò il numero dei questori a venti, Giulio Cesare a quaranta. Tali questori del tesoro furono una magistratura ben diversa dai questori giudici, cioè dai *quæstores, seu duumviri perduellionis et parricidii*, di cui parlammo nel primo periodo, e dal *quæsitor* o *quæstor*, col qual nome si indicò, dopo la istituzione di tribunali permanenti, (*quæstiones perpetuæ*) il pretore che li presiedeva.

§ 89. B) *Magistrati straordinari* erano: *a*) il *dittatore*, *b*) *l' interrè*.

a) Il *dittatore* aveva la somma di tutti i poteri dello Stato; le altre magistrature, esclusi i tribuni, alla sua nomina, cessavano dalle respettive funzioni; il suo uffizio durava sei mesi; a questo fu eletto, dai consoli, da primo con la ratifica delle curie, poi del senato. Appena eletto gli si dava per compagno un *magister equitum.* In origine il suo assoluto potere non pativa limitazione, ed inappellabili erano le sue decisioni; ma i patrizi ottennero ben presto la facoltà di appellarsene alle curie, e poi i tribuni riuscirono con artifizi diversi ad opporsi alla sua arbitraria autorità. A mano a mano che la plebe crebbe in importanza nel governo della cosa pubblica, diminuì il potere dittatoriale; in seguito il dittatore fu eletto in emergenze di poco rilievo, ed insensibilmente questo magistrato sparì. Invece di nominare un dittatore, allora usò il senato nei casi di urgente pericolo, di estendere i poteri dei consoli con la celebre formula: *videant consules ne quid detrimenti respublica capiat.*

§ 90. *b) Interrè* (*interrex*) fu in origine il senatore, che durante la vacanza del trono, esercitava le funzioni ed i poteri regali. Poi fu chiamato con questo nome, chi esercitava i poteri consolari, mancando i consoli. Questa magistratura, lungamente interrotta, occorre ancora sul finire della repubblica. L' interrè durava in uffizio cinque giorni, scorsi i quali, se ne nominava un altro. La sua incombenza più importante era quella di presiedere i comizi per la elezione di nuovi consoli, in surroga di quelli usciti di uffizio. Questa dignità fu sempre riserbata ai patrizi, i quali, oltre ad essere esclusivamente eligibili a quella, ne furono eziandio costantemente gli elettori.

§ 91. I *tribuni della plebe* non erano primitivamente magistrati, poichè non avevano amministrazione, ma dovevano soltanto per via di intercessioni e di proposizioni, tutelare gli interessi della plebe, e fare da arbitri nelle questioni che insorgevano fra plebei e plebei. Poi si arrogarono il diritto di citare dinanzi ai comizi tributi i patrizi, che avessero offeso la plebe. Protetti dalla loro inviolabilità, spinsero tanto oltre la loro audacia, da fare arrestare coloro che ad essi si opponevano; non si lasciarono atterrire dall' autorità consolare e censoria, e sfidarono perfino il potere dittatoriale. Quando cessò l'antagonismo fra plebei e patrizi, i tribuni non tutelarono più soltanto gli interessi della plebe; si opposero invece a qualunque atto arbitrario di ogni magistratura,

frenandone col sindacato più rigoroso ogni abuso di autorità, ed opponendo il loro *veto* ai suoi decreti. Mutata la costituzione delle centurie, i tribuni divennero magistrati di tutta la nazione, ai quali i patrizj stessi ebbero ricorso per avere difesa e protezione. Presiedevano i comizi tributi, ed avevano il diritto di convocare il senato. Allorchè la preponderanza dei patrizi teneva i tribuni uniti e concordi, ordinariamente deliberavano in comune ed a pluralità di voti, sulla linea di condotta che dovevano seguitare nel favorire gli interessi della plebe; ma in progresso di tempo furono visti disuniti, e non di rado si valsero della facoltà, che ebbero sempre, di opporsi l'uno ai provvedimenti ordinati dall'altro. Il potere tribunizio non si estendeva al di là di un miglio da Roma, onde di notte non potevano assentarsi, ed ove dovevano stare sempre parati a qualunque evento. I tribuni, il numero dei quali nell'anno 360 di Roma fu esteso fino a dieci, erano eletti nei comizi tributi, presieduti da un tribuno tratto a sorte, ed i membri del collegio tribunizio erano obbligati, sotto minaccia di pena capitale, a surrogare nuovi tribuni a quelli che uscivano di uffizio. Eligibili a questo uffizio furono sempre i plebei, esclusi oltre i patrizi anche coloro che cuoprivano una dignità curule, o che erano figli di persona che quella dignità avesse rivestito. Nessun tribuno poteva divenire senatore; e nessun senatore poteva divenire tribuno; così fino al 541, anno nel quale il plebiscito Atiniano tolse questo divieto; ai tempi di Silla per lo contrario, i soli senatori poterono essere tribuni.

§ 92. Le magistrature di Roma non erano queste sole: ve ne erano altre, ma di tanto minore importanza che basterà indicarle coi loro nomi; tali erano i ***decemviri litibus judicandis,*** giudici civili, i ***tresviri capitales*** che avevano attribuzioni di Polizia giudiciaria, i ***tribuni ærarii,*** esattori delle imposizioni, i ***quatuorviri viarum***, i ***tresviri monetales*** ed altri ancora.

§ 93. I magistrati avevano poi, come loro ausiliari e sottoposti, degli scrivani, degli uscieri o cursori: ed i più importanti, come i consoli, dei littori; i quali impiegati subalterni erano pagati dallo Stato e formavano delle corporazioni. Un consiglio assisteva ogni pubblico ufficiale; il senato era il consiglio dei consoli in Roma. I magistrati si distinguevano ancora in ***curuli*** e ***non curuli***, ossia in ***maggiori*** o ***minori;*** i primi avevano come distintivo onorifico una sedia curule; onde il loro nome, ed avevano gli ***auspi-***

cia maxima. I consoli, i pretori ed i censori erano, fra i magistrati ordinari, quelli che godevano di questo privilegio. Ai magistrati non si dava stipendio, ma la repubblica li forniva di tutto il necessario, e provvedeva a tutte le loro spese, affinchè facessero orrevole mostra nelle comparse pubbliche, nelle legazioni, ed in generale nel disbrigo di tutte le loro incombenze. Una certa età si richiese ben presto per essere eligibili alle magistrature, le quali non potevano essere conseguite che passando per una progressione di uffizi, l'ordine della quale fu stabilito da Silla. Vietato era il cumulo degli impieghi, e niuno poteva prima di dieci anni essere rieletto alla medesima dignità. I magistrati maggiori nell'esercizio delle proprie funzioni, avevano il diritto di fare eseguire i propri decreti o le proprie ordinanze, con multe e sequestri; ed alcuni, che godevano l' *imperium*, potevano punire col carcere e con castighi afflittivi i disobbedienti. Bene definite erano in Roma le attribuzioni di ciascheduna magistratura, ma nella periferìa di quelle, il potere del pubblico ufficiale era illimitato; niuno era sottoposto all'altro; nè ricevevane un comando cui dovesse obbedire. Garanzìe contro gli abusi di potere dei magistrati erano: la brevità della durata di loro funzioni, dopo le quali dovevano render conto del loro operato, ed anche soffrire un'accusa, quando fossero stati creduti colpevoli; l'esistenza contemporanea di più persone esercenti lo stesso ufficio, ognuna delle quali poteva opporre il proprio *veto* al fatto dei colleghi; finalmente l'intervento di un *augure*. Ogni magistrato doveva adempire il suo ufficio secondo la volontà degli Dei, e gli *auspicii* erano il mezzo per riconoscerla; ma gli auspicii erano interpretati e giudicati dall'augure, il quale, quando li dichiarava contrari (*obnuntiatio*), vietava al magistrato di agire. Vero è bene, che l'augure non ricorreva agli auspicii, senza esservi eccitato dal magistrato (*spectio*). Gli auspicii erano anche il mezzo col quale alcune magistrature, e precisamente quelle che avevano gli *auspicia maxima*, paralizzavano l'attività di altre; giacchè si riconosceva, che potessero interrogarli e proporli non solo per i propri fatti, ma anche per quelli altrui. Onde un magistrato poteva con l' *obnuntiatio* impedire un'adunanza popolare, convocata da un altro, che avesse gli *auspicia minora*. Era questo una specie di *veto religioso*, analogo a quel *veto politico*, che sotto il nome di diritto di intercessione, *intercessio*, esercitavano specialmente i tribuni.

CONQUISTE DELLA REPUBBLICA NELL' ITALIA E NELLE PROVINCIE.

(A) L'Italia.

§ 94. Le inclinazioni armigere dei Romani, il loro coraggio indomito, la strategica raffinata dei condottieri procacciarono loro estese conquiste, tanto che alla fine del quinto secolo, tutti i popoli dell' Italia erano sotto la dipendenza di Roma.

§ 95. Allorquando i Romani soggiogavano un paese, ordinariamente riducevano in condizione servile gli abitanti, confiscavano i beni immobili a favore della repubblica; i mobili dividevano fra i soldati. La nazione, che desiderava evitare queste sventure, dovea sottomettersi a discrezione (*deditio.*) I deditizj conservavano la maggior parte dei loro beni territoriali, ma perdevano la loro autonomìa.

§ 96. Ma non sempre veniva fatto ai Romani di ottenere, che presi da spavento, i loro avversari si dessero a discrezione; nè sempre potevano pienamente soggiogarli. Allora offrivano a questi popoli o di unirsi a Roma come alleati (*socii*, *fœderati*), o di venire a far parte dello Stato romano. I popoli incorporati pei primi, furono ricevuti ad ottime condizioni, come avvenne ai Tizii ed ai Luceri; i successivi non ugualmente; ed in vero ad essi fu accordata una cittadinanza imperfetta e manchevole, come quella dei primitivi plebei, ai quali era vietato contrarre nozze romane (*connubium*) coi romani primitivi (*patres*), ed impedito di prender parte attiva alle assemblee pubbliche, dandovi il voto (*suffragium*). Le alleanze o federazioni, che i Romani strinsero con i popoli non pienamente debellati, ponevano questi ultimi realmente in una relazione di dipendenza da Roma. I socii o federati infatti, perdevano il diritto di far guerra per conto proprio, ed incorrevano nell' obbligo di aiutare i Romani nelle guerre loro con sussidii di uomini armati, di provvisioni e di danaro. Seguitavano per altro, a reggersi nell' interno con leggi proprie, con i loro magistrati, e con assemblea popolare simile a quella di Roma.

Vuolsi avvertire che la qualità di queste alleanze era varia, tanto per riguardo a tutto lo Stato alleato, quanto per riguardo alle relazioni dei membri del medesimo con Roma. Cotali federazioni erano più o meno svantaggiose ai federati, a seconda delle

circostanze propizie o sfavorevoli per i Romani, nelle quali erano state concluse. Talvolta agli alleati i Romani accordavano la cittadinanza (*civitas*), tal altra, alcuni dei diritti della medesima.

§ 97. Per fare intendere l'importanza di queste concessioni, è necessario accennare quali facoltà giuridiche la cittadinanza romana comprendesse. *L'jus quiritium*, *l'jus civitatis*, del quale godevano i cittadini romani, si componeva di diritti *pubblici*, come il *suffragium* e gli *honores*, e di diritti *privati* come il *connubium* ed il *commercium*. Il *connubium* era la facoltà di contrarre nozze legittime (*justæ nuptiæ*), vale a dire nozze coerenti al disposto del diritto Romano, le quali sole producevano effetti civili, come la patria potestà romana, e l'agnazione romana. Il *commercium* era la facoltà di concludere negozi giuridici secondo l'*jus civile*, di acquistare la proprietà romana (*dominium ex jure quiritium*), di far testamento con le forme romane, di figurarvi come erede, legatario o testimone (*testamentifactio*). Da questo *commercium* in senso tecnico, bisogna distinguere il *commercium* nel senso generale, e proprio dell'*jus gentium;* vale a dire la possibilità della trasmissione dei beni e delle contrattazioni, senza forme ed effetti romani. Il *suffragium* era il diritto di votare nei comizi di Roma. Gli *honores* costituivano l'eligibilità alle romane magistrature. L'essenza dell'*jus civitatis* risiedeva nel godimento del *commercium* e del *connubium;* tanto è vero che gli *ærarii*, i quali pure erano cittadini, non godevano del *suffragium*, nè degli *honores*. Si chiamavano *optimo jure cives* coloro che godevano di tutti i prefati diritti sì pubblici che privati, *non optimo jure cives*, coloro che godevano dei soli diritti privati. I non cittadini, *non cives*, o *peregrini*, sebbene mancassero del *connubium*, avevano facoltà di contrarre nozze secondo il diritto delle genti; come pure, sebbene non avessero il *commercium* nel senso tecnico e rigorosamente romano, avevano facoltà di comprare e di vendere ed acquistare la proprietà secondo quel diritto.

§ 98. Fra i *socii* meritano una speciale menzione, i *Latini* (*nomen latinum*). Essi ebbero il *commercium*, e di più furono dichiarati capaci di acquistare la cittadinanza romana sotto alcune condizioni, delle quali avremo occasione di parlare in seguito. Di qui ebbe origine quel particolare diritto (*jus*) che fu detto *jus Latinorum*, *jus Latii*, *latinitas*, e che fu quasi una transizione fra la romana cittadinanza e la peregrinità.

§ 99. Diciotto città latine, che erano rimaste fedeli a Roma durante la guerra (avvenuta nel 416) dichiaratale da molte città del Lazio, avevano una onorifica partecipazione ai diritti politici. Gli abitanti di queste città, detti *Latini veteres*, se si trovavano in Roma nell'epoca dei comizi, potevano prender parte alle pubbliche assemblee, e darvi il loro *suffragium* in una tribù che la sorte designava.

§ 100. La diversità nelle condizioni di alleanza dei socii o federati col popolo romano, era stata da Roma studiosamente cercata nell' opinione, che la differenza degli interessi li avrebbe dissuasi dal fare causa comune a danno dei loro, più presto oppressori, che alleati. Ma l' esperienza dimostrò la fallacia di questa che pareva accorta politica, imperciocchè sia che la disuguaglianza delle sorti mal contentasse tutti, sia che la supremazia romana riuscisse incomportabile generalmente, gli alleati o socii si collegarono contro Roma e cominciarono (anno 662) quella famosa guerra, detta sociale, che pose in grave pericolo lo Stato romano. Il senato fu astretto a concedere la cittadinanza a molte città, con la celebre legge *Julia de civitate sociis danda* (665), per mantenersele amiche; e tre anni dopo, a quelle che erano state vinte dopo una ostinata resistenza, affinchè non tornassero alle ostilità, dovè estendere lo stesso benefizio mediante la legge *Plautia de civitate.*

§ 101. Ad ovviare al pericolo che questo ingente numero di cittadini, sparsi in tutte le tribù, non acquistasse predominio sugli antichi, vennero allora create otto nuove tribù, nelle quali furono accumulati; le quali, in seguito, sembra che fossero repartite fra le 35 di già esistenti. In questa guisa tutti gli abitanti dell' Italia giunsero a godere della romana cittadinanza; ma a questo non si limitarono i loro vantaggi; il territorio da essi abitato godè anche dell'*jus italicum.*

§ 102. L'*jus italicum* portava seco l'esenzione dal pagamento di ogni tributo fondiario a Roma, l'attitudine del suolo ad essere obietto di proprietà quiritaria, la possibilità di acquistarlo, trasferirlo e trasmetterlo con le forme civili romane. I paesi ai quali non era conceduto l'*jus italicum* erano a cattivo partito. E valga il vero: in conseguenza della conquista, il popolo romano si reputava proprietario di tutti i beni territoriali dei popoli sottomessi, e sebbene ordinariamente li rilasciasse agli antichi proprietari

perchè li coltivassero e ne usufruissero, non considerava costoro se non che come detentori aventi un semplice possesso ed usufrutto derivante dalla concessione sua, in correspettività della quale esigeva un tributo.

§ 103. In Italia, dall' anno 665 in poi, tutte le città goderono di una libera amministrazione interna, fossero esse municipii, prefetture o colonie.

a) Chiamavansi ***municipii***, le antiche città italiane i cui abitanti avevano la cittadinanza romana, e potevano esercitare magistrature in Roma. Quanto all' amministrazione dei loro affari interni, avevano assoluta indipendenza da Roma. A capo di questi municipii era un' assemblea popolare, e poi un più limitato consiglio o senato (*curia*), i cui membri chiamavansi *decuriones*. Due o quattro magistrati, con un potere analogo a quello dei consoli romani, ma senza autorità militare, per un anno esercitavano il potere supremo, ed amministravano la giustizia civile e criminale (*duumviri* o *quatuorviri juridicundo*). Vi erano inoltre degli edili, degli amministratori delle finanze, ed altri magistrati inferiori, eletti tutti dagli abitanti. Il censo, sebbene modellato sul romano, era da quello indipendente; ed ogni municipio godeva la proprietà di beni particolari municipali, ma non poteva cambiare le leggi votate dai comizii di Roma, nè i senatusconsulti.

b) *Prefetture* erano quei municipii, che avevano essi pure la libera amministrazione dei loro affari interni, ma nei quali un prefetto nominato dal popolo romano o dal pretore, esercitava il potere giudiciario.

c) Le *colonie* erano stabilimenti militari, fondati da Roma per tenere in rispetto i popoli conquistati, impedire le invasioni nemiche; presidii e fortezze dello Stato, piazze d' arme che servivano di appoggio alle operazioni guerresche. (Vedi Walter, *Storia del Diritto di Roma,* libro I, cap. 25.) Fra queste distinguevansi le *coloniæ civium*, e le *coloniæ latinæ.* Le *coloniæ civium* o *coloniæ romanæ*, erano composte di cittadini romani emigrati spontaneamente, o mossi dall' attrattiva di assegnazioni di terre, i quali conservavano la cittadinanza romana, ma si costituivano in Comune speciale con una amministrazione propria. I precedenti abitanti del luogo erano soggetti al nuovo Comune fondato dai coloni, ottenendo probabilmente la *civitas sine suffragio*, e senza ingerenze nella pubblica amministrazione. Queste colonie avevano

in sostanza, gli stessi diritti dei municipii. Le *coloniæ latinæ* erano composte principalmente di Latini o di altri popoli alleati, che la politica di Roma mandava sul territorio conquistato, al quale voleva assicurata una speciale protezione e difesa. I cittadini romani, che venivano a far parte di queste colonie, perdevano la pienezza del loro diritto quiritario, ritenendo soltanto la personalità giuridica che portava seco l'*jus Latii*, che era la legge di tali colonie latine. Questa fu la ragione, per la quale così pochi cittadini romani le popolarono. Soltanto i più poveri, adescati dalle distribuzioni di terre, che ivi loro si facevano, vi concorsero.

(B) **Le Provincie.**

§ 104. Conquistata l'Italia, e così chiamavasi allora quella parte della penisola compresa fra il Mediterraneo e la Magra, l'Adriatico ed il Rubicone, non fecero sosta le armi vittoriose dei Romani. La Sicilia, la Sardegna e la Corsica, poi la parte meridionale della Spagna, le Gallie, la Brettagna; più tardi l'Illiria, la Macedonia, la Grecia, l'Asia minore, l'isola di Cipro, la Siria, la Fenicia e la Palestina, Cartagine, la Numidia e l'Egitto, furono successivamente sottomesse; ai tempi di Cesare, Roma era padrona di tutti i paesi bagnati dal Mediterraneo. Questi paesi, fuori d'Italia, sottoposti al dominio romano, e governati da un magistrato romano, chiamavansi provincie.

§ 105. Il primo assetto di queste provincie si faceva dal capitano, che le aveva conquistate. Il senato poi, emanava un ordinamento stabile e speciale (*forma provinciæ*), insomma la costituzione provinciale. Cotali costituzioni, con le quali si riduceva in provincia (*in provinciam redigere*) il paese sottomesso, ne alteravano non poco il pristino governo. Abbenchè le forme governative date ad ogni provincia, non fossero assolutamente uguali, e diversificassero a seconda delle varie condizioni della sommissione, tuttavia alcuni caratteri comuni riscontransi in tutte, e questi è prezzo dell'opera l'indicare brevemente.

§ 106. La somma dei poteri risiedeva nelle mani di un governatore, che da primo fu un *pretore speciale*, poi un magistrato uscito di uffizio, e specialmente un ex-pretore, o un ex-console (*pro prætore, pro consule fungebantur*). Il proconsole o il propretore aveva nelle provincie le attribuzioni dei pretori in Roma;

pubblicava il proprio editto, e faceva un giro nelle provincie per amministrarvi la giustizia (*conventum facere, judicia ordinaria habere*); cumulava in sè anche le altre facoltà, che in Roma spettavano ai diversi magistrati. Aveva una specie di corte (*comitatus*), un consiglio (*auditorium*, *assessores*), una guardia (*cohors prætoria*), molti subalterni impiegati (*scribæ, tabellarii, lictores*), dei *legati,* ai quali in caso di bisogno affidava parte dei suoi poteri (*jurisdictionem delegare*), ed uno stato maggiore militare (*tribuni militum*).

§ 107. Le finanze erano affidate ad un questore, indipendente dal proconsole o dal propretore, che lo rappresentava in caso di morte o di richiamo.

§ 108. Generalmente il diritto civile, che esisteva nelle provincie prima che fossero conquistate, era rispettato, ma i pretori con le loro ordinanze lo modificavano, e lo avvicinavano a quello di Roma.

§ 109. La religione del paese era conservata, e si lasciavano in vigore le feste e solennità ivi consuete.

§ 110. Milizie romane provvedevano alla difesa della provincia, e la tenevano in soggezione. Sebbene nei tempi della repubblica, i provinciali non fossero ammessi all' onore del servizio militare romano, in seguito gli eserciti più numerosi furono reclutati nelle provincie.

§ 111. Il territorio conquistato si considerava proprietà della repubblica romana, ma essa non ne confiscava che una parte, e generalmente quella che non era proprietà privata; il rimanente si restituiva agli antichi proprietari, i quali erano considerati d' allora in poi, come semplici detentori ed usuari del medesimo: di qui l' obbligo loro di pagare un tributo, che fu l' origine delle imposizioni fondiarie. Esso consisteva od in una somma di danaro, od in una parte proporzionale dei frutti; ordinariamente la *decima.* Il suolo provinciale dunque non era in diritto una vera proprietà privata; e perciò nessuno, e neppure i Romani, poteva avere sul medesimo un *dominium ex jure quiritium;* non poteva essere acquistato e trasferito, secondo le regole del gius civile romano; su di esso si aveva una *possessio*, una specie particolare di proprietà di diritto naturale (*juris gentium*), che non escludeva l' onere del pagamento di un' imposta prediale. Oltre quest' imposta, i provinciali pagavano un testatico o tassa personale. La re-

pubblica riscuoteva ancora delle somme, in correspettività dell'uso da essa conceduto delle pubbliche pasture, e dei terreni confiscati. Era cosa rara, che si abolissero le contribuzioni indirette trovate in vigore nel momento della conquista; anzi talvolta se ne creavano delle nuove, e delle straordinarie. Tutte queste entrate, per lo più non erano percette direttamente da Roma, ma da degli appaltatori (*publicani*); questi appalti furono scaturigine di grandi ricchezze pei cavalieri romani, che costituitisi in società (*societas vectigalis*) li esercitavano.

§ 112. Nelle provincie occorrevano delle città favorite per alcune esenzioni, e perciò privilegiate di fronte alle altre. I loro privilegi erano molto differenti; consistevano per alcune nel godimento dell'*jus italicum*; per altre nella recognizione della loro proprietà pubblica e privata; nel diritto di governarsi ad arbitrio proprio, senza subiezione immediata al pretore romano; per altre ancora il privilegio risiedeva, oltre che nella libera amministrazione, nell'esenzione dalle imposte ordinarie, e dall'onere degli acquartieramenti invernali per le milizie romane.

§ 113. Negli ultimi tempi della repubblica furono fondate delle colonie così latine, come romane, anche nelle provincie, le quali ebbero una amministrazione comunale propria, ma non propri magistrati che applicassero il diritto. Per questo rispetto dipendevano dal rettore della provincia, come avveniva per esempio, nella Gallia cisalpina, prima che fosse riunita all'Italia.

CAPITOLO II.

FONTI DEL DIRITTO.

Fonti del diritto Scritto, sono:

A) Le *leges et plebiscita*, B) i *senatusconsulta*, C) gli *edicta magistratuum*, D) i *responsa prudentum*. Del diritto non Scritto: la *consuetudo*, i *mores majorum*.

A) *Leges et plebiscita.*

§ 114. Le deliberazioni delle pubbliche assemblee per qualche tempo si distinsero in *leges* o *populiscita*, e *plebiscita*.

a) *leges* o *populiscita* erano le deliberazioni del *populus*, che prima si riunì nei comizi curiati, poi nei centuriati; le delibera-

zioni insomma della nazione. *Lex est* (dice Gajo nelle sue Istituzioni, e ripetono le Istituzioni imperiali) *quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat.* (Gajo, I, 3. — *Inst. Imp.*, § 4, 1, 2.)

b) *Plebiscita* erano le deliberazioni della plebe riunita nei suoi comizi tributi. *Plebiscitum est* (aggiunge Gajo) *quod plebs, plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat.* Parificati i decreti delle tribù a quelli delle centurie, *leges* furono chiamati i plebisciti ancora. La *lex* era, prima della convocazione dei comizi, affissa in progetto, e stava esposta al pubblico (*lex promulgabatur*) per tre giorni di mercato consecutivi (*nundinæ*). Tenevansi delle adunanze preventive alla convocazione solenne dei comizi, simili agli attuali *meetings* degli Inglesi, nelle quali si cercava persuadere al popolo l'opportunità e l'utilità della legge proposta. Tuttociò dicevasi *legem auferre.* Riunitisi i comizi, il magistrato proponeva la legge (*lex ferebatur*), e chiedeva che si votasse sulla medesima (*rogare legem*), con la formula: *velitis jubeatis hoc, Quirites, rogo.* Dicevasi *auctor legis* chi sosteneva la legge. *Suasores* erano coloro, che a lui si univano a difenderla; *dissuasores,* gli avversari. La discussione terminava al pronunziarsi della parola: *discedite*, udita la quale, i cittadini si recavano al respettivo posto per votare. Ognuno di essi aveva due tavolette; sull'una stavano le due lettere *U, R,* iniziali delle parole *uti rogas*, sull'altra la lettera *A*, iniziale della parola *Antiquo*, (*antiqua probo*). Quella prima era il voto favorevole, questa seconda il contrario. Adottato il progetto di legge, dicevasi *lex jussa.* Il popolo votava sulle leggi, ma proposte in una forma generale e compendiosa; lo svolgimento delle medesime, il loro disteso legale non era obietto di discussione nè di deliberazione dell'assemblea, sibbene era opera e cura del magistrato che le aveva proposte. E questo disteso era esatto e preciso, ed indicava in che relazione la nuova legge stava con l'antica. Su questo proposito usavano i Romani alcune espressioni tecniche, che Ulpiano riferisce (fragm. *Lib. Reg. Sing. Prin.*, § 3). *Abrogare*, significa abolire intieramente una legge anteriore, *derogare,* abolirla in parte, *subrogare,* aggiungerle una qualche cosa, *obrogare*, modificarla in qualche parte. Una *lex Cecilia Didia* (656) proibì le *leges saturæ*, in questo modo chiamavansi quei progetti di leggi, contenenti disposizioni eterogenee, i quali venivano in cotal guisa artificiosa-

mente redatti e presentati, affinchè il popolo, il quale era astretto a votare sull'insieme del progetto, e non poteva scinderlo, per far passare quelle disposizioni della legge che esso desiderava, tollerasse che ne passassero insieme altre, a lui meno che gradite. Le leggi erano per ordinario divise in capitoli, e terminavano con una sanzione penale contro chiunque ne contravvenisse al disposto (*leges sacratæ*). L'atto contrario ad una legge, generalmente era dalla legge stessa dichiarato nullo. Allora la legge dicevasi *perfecta*. Se la legge non conteneva la dichiarazione di nullità, dicevasi *imperfecta;* se conteneva soltanto la minaccia di una pena, ma non la dichiarazione della prefata nullità, chiamavasi *minus quam perfecta*. (Vedi ULP., loc. cit., § 2) Fra le *leges*, che conosciamo, più sono quelle che si riferiscono al diritto pubblico che al privato; nessuna ha l'importanza, nè la comprensione della legge decemvirale, chè anzi sono tutte sopra singoli argomenti. Le leggi venivano designate col nome del magistrato, che le aveva proposte. Quelle proposte dai consoli, portavano il nome di ambedue, come la *lex Valeria Horatia*. Talora si aggiungeva l'argomento della legge, come nelle leggi *Julia de vi privata*, *lex Sempronia judiciaria* ec.

B) *Senatusconsulta.*

§ 115. Il senatusconsulto è definito nelle Istituzioni (§ 5, tit. II) *quod senatus jubet atque constituit*, e Gajo (I, 4) aggiunge: *idque legis vicem obtinet, quamvis fuit quæsitum.* Pare dunque, che fosse questione se i senatusconsulti avessero o no forza di legge, e che ciò fosse argomento di lotta politica. Di qui forse è derivata la discordia, che si riscontra nei documenti istorici giunti fino a noi, relativi a questo argomento, e di qui la dubbiezza degli attuali scrittori d'istoria del diritto Romano nel valutarli. Vi fu infatti chi ritenne, che soltanto dopo Tiberio questi avessero forza di legge; mentre altri (ed è l'opinione dei più recenti scrittori) sostengono, che eziandio durante la repubblica avessero quella efficacia. È vero che di diritto privato non doveva occuparsi il senato, le sue ingerenze limitandosi alla religione, alle finanze, alle relazioni internazionali; ma i patrizi, considerando il senato come elemento fondamentale dello Stato, volevano che le sue deliberazioni non avessero effetti minori delle deliberazioni dei comizi; quindi le volevano considerate come *leges*. Il partito

popolare a questo si ricusava; di qui lotta e contrasto. Certo per altro si è, che anche in questo periodo occorrono dei senatusconsulti, relativi al diritto privato. (Vedi LIVIO, 26, 34; - 39, 3; - 41, 9, e HUGO, *Istoria del Diritto Romano,* 2° periodo, § 174.) Certo è altresì, che molti sono gli scrittori autorevoli dell'antichità, i quali attestano, che ai tempi della repubblica i senatusconsulti avevano forza obbligatoria, e costituivano una sorgente di diritto assai importante. Non è dato precisare l'epoca nella quale cessò l'accennato contrasto, ed il senato trionfò dell'opposizione popolare; non è impossibile, che questo avvenisse quando i plebisciti acquistarono forza di legge generale, in grazia della legge *Hortensia.* (Vedi TEOFILO, *Parafrasi delle Istituzioni,* I, 2, § 5. POMPONIO al fr. 2, § 9, *Dig. de origine juris,* I, 2.) Tacito lasciò scritto che sotto Tiberio i comizi furono trasferiti in senato. *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt* (vedi *Ann.*, I, 15); ma evidentemente qui l'istorico allude alle elezioni dei magistrati, e non alla potestà legislativa.

C) *Edicta magistratuum.*

§ 116. *Editto* significa ordinanza di un magistrato. Entrando in ufficio i magistrati solevano esporre i principii in coerenza ai quali avrebbero deciso le controversie, che fossero state presentate al loro giudizio, e specialmente facevano queste dichiarazioni intorno a quegli argomenti, che non erano preveduti dalle leggi. Questi editti chiamavansi *perpetui*, per distinguerli da quelli che repentinamente (*repentini*) i magistrati stessi emettevano, quando ne sorgeva il bisogno (*prout res incidit*). La legge *Cornelia* (687) impose ai pretori di rispettare religiosamente i propri editti, durante tutto l'anno della loro magistratura. Non i soli pretori, ma eziandio i consoli, i censori, gli edìli, avevano diritto di emanare editti, giacchè era questa una facoltà propria di tutti i *magistratus majores;* ciò nonostante i più importanti sono gli editti dei pretori, perchè a costoro era specialmente affidata l'amministrazione della giustizia. Gli editti erano scritti sopra una tavola bianca (*in albo*), e si affiggevano nel fòro *unde recte de plano legi possint.* La consuetudine aveva creato l'obbligo morale pei magistrati che entravano in uffizio, di promulgare il loro editto: ed essi stessi avevano interesse a farlo, affinchè ognuno fosse in

grado di giudicare i loro principii, e di sindacare i loro atti. Facevano ordinariamente redigere questa *lex annalis* da un giureconsulto. Ogni magistrato poteva, entrando in ufficio, pubblicare un nuovo editto; ma generalmente conservava quanto di buono reputava esistere nell'editto del suo predecessore. Le regole che passavano così da editto in editto (*tralatitium*). acquistavano naturalmente una grandissima autorità, pel carattere che assumevano di *diritto consuetudinario*. I Romani chiamavano gli editti ***viva vox juris civilis;*** e Papiniano scrisse, che il diritto Pretorio fu introdotto per l'utilità di tutti i cittadini, perchè soccorresse, supplisse, e perfino correggesse il diritto Civile, ***jus prætorium prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.*** (fr. 7. *Dig. de just. et jure*, I, 1.) Ed in vero, ora il pretore protesse dei diritti riconosciuti, ma non garantiti dalla legge (*adjuvandi gratia*), ora applicò disposizioni esistenti a casi non preveduti, colmando così delle lacune legislative (***supplendi gratia***), e talvolta ancora andò contro il disposto della legge (***corrigendi juris civilis gratia***). Fa meraviglia a prima giunta, che un magistrato incaricato di applicare la legge, ardisse di modificarla e ancora di violarla, e che le sue ordinanze avessero autorità uguale a quella della legge stessa. Ma la meraviglia cessa quando si riflette, che i pretori, come tutti i magistrati romani, godevano di tale potere nell'esercizio delle loro funzioni, che non aveva altri limiti se non se nella loro responsabilità. Qualora il pretore con le sue innovazioni avesse contradetto all'indirizzo della pubblica opinione, al termine del suo ufficio sarebbe stato accusato; ma se egli invece a quella pubblica opinione aveva satisfatto, non correva rischio di essere censurato; i suoi successori adottavano allora le innovazioni sue, e l'abitudine di rispettarle ingenerava il convincimento che fossero obbligatorie quanto la legge. ***Prætor jus facere non potest,*** il pretore non poteva far leggi vere e proprie, ma i principii che egli emetteva avevano efficacia per la protezione che accordava ai medesimi (***tuitione prætoris***). Egli non creava dunque un ***jus civile***, ma il gius da lui introdotto, e che fu detto ***jus honorarium, jus prætorium***, (*honorarium* da *honores*, magistrature; ***prætorium***, perchè derivante dal pretore) in fatto ne aveva la stessa efficacia; e così il pretore adattava le istituzioni antiche ai bisogni nuovi, o le modificava coi principii dell'equità, soste-

nuto sempre dal sentimento giuridico popolare. I mezzi dei quali si valsero i pretori per supplire, sussidiare o modificare il diritto civile, furono diversi: introdussero azioni nuove, crearono delle eccezioni, prescrissero delle garanzie (*cautiones*), ordinarono delle immissioni in possesso (*missiones in bona*), diedero il possesso dei beni (*bonorum possessiones*), accordarono delle restituzioni in intiero (*in integrum restitutiones*), fecero dei decreti (*interdicta*). Nell'esposizione dommatica delle istituzioni, spiegheremo queste diverse manifestazioni dell'attività pretoria. — L'editto dei pretori, che più conferì alla modificazione del diritto romano antico, fu quello dei pretori di Roma (*edictum urbanum* o *urbicum*). I pretori delle provincie seguitavano nel loro editto (*edictum provinciale*) i principii dell'editto urbano. Importanza quanto al diritto privato ebbero, dopo gli editti dei pretori, gli editti degli edili curuli (*jus ædilicium*).

D) *Responsa prudentum*.

§ 117. L'applicazione pratica del diritto è causa costante di controversie; il principio più semplice non è sempre il più facile ad applicarsi, per la complicanza di certi fatti, o pel loro carattere spesso malamente qualificabile. La legge procede per formule generali, non può espressamente comprendere tutti i casi, alcuni sfuggono sempre alla sua parola; estenderla anche a questi col criterio dell'analogia, facendo valere lo spirito della legge, ed interpetrandola, è un bisogno cui non può satisfare se non se chi è molto perito in quella. Conoscere la lettera della legge, non è saperla applicare ai casi pratici, e molto meno sapere ottenere dai magistrati, che nelle loro sentenze sanzionino il diritto reclamato. Di qui deriva l'importanza delle funzioni dei giureconsulti; ed essa fu fortemente sentita anche in Roma. In quella città i giurisprudenti o giurisperiti, come chiamavansi, non avevano bisogno di una matricola, di un diploma per esercitare la loro professione. Quelli che si sentivano forze per assistere nei processi i litiganti, per dare consigli o pareri, per redigere istrumenti, lo facevano. ***Qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant***, dice Pomponio, fr. 2, § 47. *Dig. de origine juris*, I, 2. I principii derivanti da questa attività intellettuale dei giureconsulti furono rispettati, come lo sono oggi le massime giu-

risprudenziali derivanti dalle conformi decisioni dei tribunali; ed i Romani chiamarono *jus civile* il loro insieme, perchè al dire di Pomponio, non si trovava un nome più adattato a designarlo. (Vedi WARNKÖENIG, *Storia esterna del Diritto Romano*, 2° periodo, § 14.) L'autorità di questo diritto non era quella della legge, ma nessun giudice avrebbe osato decidere contro il parere di uomini generalmente stimati, senza evidenti ragioni in contrario. Anzi i magistrati stessi volentieri mettevano al coperto la loro responsabilità, seguitando il parere dei prudenti, che dalla pubblica opinione veniva quasi loro imposto.

CAPITOLO III.

STATO DELLA GIURISPRUDENZA.

§ 118. La scienza del diritto sorge nel periodo 2° del quale trattiamo, ma essa giunge al suo pieno svolgimento nel periodo successivo. Coltivata da primo dai sacerdoti e dai patrizi, ad essi soltanto familiare, divenne a poco a poco patrimonio di tutti i cittadini indistintamente; gli uomini più celebri si onorarono di professarla, e fu mezzo necessario per giungere alle prime dignità della repubblica. Con la promulgazione della legge decemvirale, il testo della medesima era accessibile a tutti; ma i patrizi soltanto conoscevano le formalità necessarie alla sua applicazione pratica, ossia le regole della procedura. In special modo rimaneva ignoto ai più, in quali giorni si potesse comparire in giudizio, e con quali riti. Non in qualunque giorno potevansi iniziare procedure dinanzi ai tribunali, o celebrare negozi giuridici, ma soltanto nei giorni che si dicevano *fasti*. Da primo questi giorni erano trentotto nell'anno di dieci mesi, ed erano giorni di mercato; introdotto l'anno di dodici mesi, il numero dei giorni fasti fu lasciato lo stesso; di qui grande imbarazzo per sapere, nel nuovo anno, quando cadessero quei giorni Questo calendario giuridico dei giorni feriati e non feriati (*fasti, nefasti*), era un segreto dei sacerdoti, unici depositari della scienza astronomica di allora. Nell'iniziare una procedura dinanzi ai magistrati, bisognava adoperare nei primi tempi di Roma riti solenni determinati, pronunziare formule sacramentali. Chi, esempigrazia, nell'intentare l'azione *arborum furtim cæsarum*, avesse invece degli alberi no-

minate le viti, sarebbe stato respinto. Ora queste formule, questi riti, per essere adoperati rettamente, esigevano notizie precise, compiute, addimandavano una pratica, che era privilegio di pochi. Così si spiega perchè la scienza del diritto fosse in principio patrimonio esclusivo dei patrizi, fra i quali si reclutava il sacerdozio, e di non molti fra essi.

§ 119. Ma nell'anno 450 dalla fondazione di Roma, Gn. Flavio, segretario ed amico intimo di Appio Claudio, pubblicò un quadro dei giorni *fasti e nefasti*, un calendario giuridico insomma, che egli espose pubblicamente nel fòro; e di più una raccolta o specchio delle formule di procedura (*legis actiones*), necessarie a seguitarsi per l'attitazione delle giuridiche controversie. Molto lieti furono i plebei per questa pubblicazione, che schiariva assai l'oscurità dell'antica procedura; talchè *jus civile Flavianum*, in onore del suo autore, fu chiamata l'opera di Gn. Flavio. Secondo Pomponio, Gn. Flavio avrebbe sottratto ad Appio Claudio questo lavoro, e lo avrebbe, a di lui insaputa, pubblicato come proprio; ma è più probabile, come racconta Plinio, che Appio stesso per cattivarsi il favore popolare, istigasse Gn. Flavio a dare pubblicità a quell'opera. L'esempio di Gn. Flavio fu imitato da altri magistrati usciti dal popolo; le leggi, specialmente di procedura, furono divulgate, e tutti ebbero la possibilità di acquistarne la scienza.

§ 120. Nell'anno 552 il giureconsulto Elio (*Ælius*) pubblicò un'opera tripartita (*Tripertita*) nella prima parte della quale riportava la legge decemvirale; nella seconda faceva un commentario alla legge stessa; nella terza riferiva una raccolta di formule per procedere in giudizio (*legis actiones*). Quest'opera fu chiamata anche *jus civile Ælianum*.

§ 121. L'attività pratica dei giureconsulti romani si può ridurre a queste quattro funzioni: *respondere, cavere, agere, scribere*. I pareri e voti emessi dai giureconsulti su punti di diritto questionabili, dicevansi *responsa*. Tiberio Coruncanio, che fu il primo pontefice massimo, plebeo, fu ancora il primo giureconsulto che rispondesse indistintamente a tutti quelli che lo consultavano, mentre per lo innanzi i *prudentes* prestavano l'opera loro agli amici ed ai congiunti soltanto. Tale almeno è l'interpretazione più sodisfacente che si possa dare alla locuzione *juris scientiam profiteri*, che Cicerone adopera parlando di lui, e che

molti intendono, come se Tiberio fosse il primo ad insegnare pubblicamente il diritto (CICERONE, *De Orat.*, III, 33). L'intervento dei giureconsulti era principalmente richiesto nella procedura; essi ne indicavano le regole e le cautele, e consigliavano le clausule e riserve da adoperarsi nei negozi giuridici. Così essi *cavebant.* Assistevano poi i loro clienti personalmente nel processo, e questa funzione si esprimeva col verbo *agere.* Tuttavolta la discussione della causa era riservata agli oratori; gli oratori dunque esercitavano una professione ben diversa da quella dei giureconsulti: Cicerone era oratore, non giureconsulto. Finalmente redigevano gli atti ed istrumenti giudiciali o stragiudiciali, che facevano distendere ai loro *scribæ* o scrivani; e questo si esprime quando si dice che i giureconsulti *scribebant.* La loro attività scientifica si dirigeva all'interpretazione della legge decemvirale (*interpretatio XII Tabularum*), suppiendo con lo spirito alla lettera della legge, e dando alla lettera della legge stessa tutta quella estensione che la *civilis ratio*, ossia la ragione dei precetti, consigliava. Insegnavano il diritto in un modo tutto pratico, vale a dire conversando con gli alunni ed ammaestrandoli con l'esempio, occasione a sporre precetti. I *responsa* dei giureconsulti, l'abbiamo detto, ma giova ripeterlo, avevano autorità soltanto perchè autorevoli pel sapere erano le persone dalle quali emanavano, e perchè approvati generalmente dalla coscienza giuridica popolare, e ripetutamente accolti e sanzionati dalle decisioni dei tribunali (*receptæ sententiæ*). Ma in fatto erano una sorgente importantissima di diritto. Ed in vero Pomponio ci attesta, che i responsi dei giureconsulti, e la giurisprudenza che si formava per mezzo delle dispute e controversie giudiciarie (*disputatio fori*), furono un molto opportuno commento alla legge decemvirale. È stato detto che i giureconsulti romani si riunissero in accademia presso il tempio di Apollo, ed ivi discutessero punti di diritto controversi; e questa discussione accademica si è creduto che fosse la *disputatio fori*, della quale parla Pomponio. Ma cotale opinione non ha fondamento nei documenti istorici, ed è poi contraria alla ragione. Una discussione accademica presuppone una scienza molto avanzata, e tale non era la scienza del diritto in questo tempo.

§ 122. I più celebri giureconsulti di questo periodo, sono ricordati da Pomponio nel fr. 2, § 35-39. *Dig. de origine juris*, I, 2;

ma pochi fra essi scrissero opere. Ad Appio, del quale Gn. Flavio sopra ricordato era segretario, è attribuita un' opera sulle azioni: ai tempi di Pomponio era perita. Si conservava per altro sempre il lavoro di Elio (*jus Ælianum*). Dopo Elio Sesto sono ricordati come autori di libri sul diritto, Catone, Manilio e Ostilio. Cicerone nel libro delle Leggi, e nella parte giuridica dei Topici, li cita spesso. Catone scrisse dei Commentarii sul diritto Civile; a Manilio sono attribuite le *actiones Manilianæ*, formule pei contratti di compra e vendita. Ostilio fu l'autore delle *actiones Hostilianæ*, che sembra fossero formule pei testamenti.

III° PERIODO.

Dai tempi di Cicerone fino a quelli di Alessandro Severo.

CAPITOLO I.

AVVENIMENTI POLITICI.

§ 123. Nel principiare di questo periodo i gravi turbamenti civili fecero cadere il governo dello Stato nelle mani dei più audaci e potenti cittadini, i quali ridussero la costituzione repubblicana più presto ad un fantasma, che ad una realtà. Dopo la battaglia di Azio, Ottavio vincitore dei suoi emuli, rispettando in apparenza soltanto l'antico regime, tuttavia acquistò tale un dominio di fatto nello Stato, che il potere popolare ebbe a venir meno. Non abolì gli antichi comizi centuriati; egli stesso vi comparve, e votò nella sua tribù come qualunque altro cittadino; da essi simulò riconoscere la sua autorità; non volle il titolo di dittatore perpetuo, reso odioso da Silla; non cassò le antiche magistrature; ma a poco a poco si fece rivestire di tutte le autorità civili e perfino religiose dello Stato, e mostrando di accettare anzichè di usurpare il potere supremo, lo ebbe e lo adoperò con mano ferma e vigorosa. Il senato ed il popolo per stanchezza

dell'antico governo, fomite di continue guerre civili, conferirono a stabilire la sua dominazione. Il senato gli diede in perpetuo il titolo di *Imperatore*, titolo di onore col quale i soldati nell'ebbrezza della vittoria solevano salutare i loro condottieri; titolo che da primo non indicava alcuna autorità, ma che poi designò il capo dello Stato. Dopo pochi anni (727) lo proclamò Padre della Patria, e gli attribuì il titolo di *Augusto*, riserbato fino allora alle cose sante. Per dieci anni gli concesse il potere supremo. Poi nell'anno 731 gli diede il potere tribunizio in perpetuo, il che servì meravigliosamente a stabilire l'autocrazia di lui, assicurandogli l'*inviolabilità*, ed il diritto di opporre il suo *veto* a tutti gli atti del senato, e degli altri magistrati. Nell'anno 735 la *potestà consolare* fu aggiunta ad accrescere la sua autorità, e poco dopo ebbe il potere proconsolare, che gli valse il diritto di amministrare le provincie. Nell'anno 737, il potere assoluto gli venne confermato per altri 10 anni. Due anni dopo ebbe la dignità di pontefice, ed alla pari degli antichi re di Roma, fu preside del culto pagano. Lo attributo di *præfectus morum* gli procurò tutte le facoltà proprie dei censori. Finalmente sotto il titolo di *Princeps*, raccolse in sua mano tutto il governo.

§ 124. I suoi successori appena eletti riceverono dal popolo i poteri che egli ebbe; ed il popolo li investì di quelli, prima con più leggi diverse e successive, poi con una legge sola. Questa legge rinnuovata per molti regni consecutivi, non fu in seguito più espressamente promulgata, ma in effetto era la scaturigine dell'imperiale autorità. Gajo ricorda questa legge (nel suo *Commentario* I, § 5) quando ci dice, che gli imperatori acquistavano il potere *per legem*. È questa la legge, che le Istituzioni Imperiali al § 6 del Titolo *De jure Nat. Gent. et Civ.*, I, 2, chiamano *lex Regia,* copiando un frammento di Ulpiano (fr. 1, *Dig. de Const. prin.*, I, 4) e la quale trovasi ancora designata come *lex Augusti* (fr. 14, § 1. *Dig. de manumis.*, XL, 1), *lex imperii* (cost. 3, Cod. *De testam.*, VI, 23). Gravi questioni sono insorte tra gli scrittori di storia del diritto Romano intorno a questa *lex Regia,* perocchè molti ne posero in dubbio l'esistenza, altri ne dissero alterato il nome, ed altri in fine sostennero la verità dell'una e dell'altro. Vuolsi confessare, che gl'istorici non ricordano una legge che si chiamasse *regia;* ma è certo, anche per quello che Gajo ci attesta, che l'imperatore riceveva la investitura dei suoi poteri da

una legge (*per legem*), in virtù di una *lex imperii* o *de imperio.* Non è strano che, se non nei primi tempi dell'impero (per non offendere troppo la suscettibilità di chi serbava tuttora liberi sensi) almeno in seguito, questa legge si chiamasse ***regia***, a somiglianza della più antica legge di questo nome, con la quale i re di Roma, erano dai comizi curiati investiti della loro dignità.

§ 125. Nel secolo decimoquarto, fra il 1342 e il 1343, fu scoperto in Roma un importante frammento della *lex de imperio Vespasiani.* In questa *lex* si riconosce a Vespasiano il diritto di stringere alleanze, proporre senatusconsulti, designare al senato ed al popolo le persone idonee a cuoprire le prime magistrature, pubblicare editti, aventi forza di legge; e di più vi è dichiarato che tutto quello che Vespasiano aveva precedentemente (*ante legem rogatam*) ordinato, dovesse considerarsi come se fosse stato fatto per comando del popolo. Questo frammento di legge è in una tavola di bronzo, che si conserva in Roma nel Museo del Campidoglio.

§ 126. Malgrado gli estesi poteri conceduti agli imperatori, per qualche tempo ancora il governo non si potè dire monarchico assoluto; nè fu ereditario. Lo Stato fu lungamente diviso fra il principe da una parte, ed il senato ed il popolo dall'altra. Ma il principe era anche il primo magistrato del popolo, ed il senato non aveva nessun potere sul principe. Ciò non pertanto, vi erano magistrati dipendenti dal principe, e magistrati del popolo romano. Si distingueva l'erario del popolo (*ærarium populi*) dalla cassa del principe (*fiscus Cæsaris*). L'Imperatore negli ultimi tempi non fu sempre solo sul trono, ma ebbe uno o più colleghi, coi quali divise l'amministrazione. Talvolta l'imperatore si designava un successore adottandolo, o affidandogli parte delle proprie attribuzioni, dopo avergli fatto conferire la potestà tribunizia. In difetto di un successore così designato, lo eleggeva il senato; ma i pretoriani e le legioni, ben presto si arrogarono la facoltà di nominarlo. Tuttavia l'investitura dei poteri si dava sempre dal senato, e per legge apparentemente emanata da lui, nella quale l'acclamazione dell'eletto, fatta dal popolo in Campo Marzio, teneva il luogo di votazione.

§ 127. Il potere legislativo del popolo in questo periodo va ogni dì più diminuendo. I comizi vengono di quando in quando convocati, perchè votino sulle proposizioni del senato o dell'im-

peratore, alle quali prestano un semplice assenso per formalità; non è più necessario che i cittadini vi intervengano di persona, possono mandare una scheda scritta e suggellata, contenente il loro voto. Il senato, dopo Ottavio, nomina alle magistrature sulla proposizione del principe; e le elezioni vengono annunziate ai comizi, per la formalità della conferma. Ottavio desideroso di conservare lustro e decoro, almeno apparenti, al senato, seguitò a consultarlo nelle pubbliche bisogne; volle che dinanzi al medesimo comparissero le ambascerie straniere; che di nome avesse la direzione dell'erario. Gli conferì competenze giudiciarie in affari criminali, e specialmente nei delitti contro lo Stato o la persona dell'imperatore, nei delitti di concussione, ed in quelli capitali dei senatori, delle mogli loro, dei loro figli, e di tutte le persone più eminenti dello Stato. Volle che i senatori fossero seicento; essi dovevano avere compiuto il ventesimoquinto anno, e possedere un milione e duecento mila sesterzi. Nei primi tempi di questo periodo, il Senato pronunziava un giudizio sull'imperatore che veniva a morire, ratificando o annullando i suoi atti; la ratifica più compendiosa ed insieme più onorevole, consisteva nel decretare che l'imperatore defunto (e talora fu fatto anche per l'imperatore vivente) fosse annoverato fra gli Dei, cioè nel decretargli l'apoteosi, denominandolo *Divus*. Ma anche in questo, il senato dipendeva dalla volontà dell'imperatore succeduto al defunto, come dall'arbitrio di costui si può dire che dipendesse il consiglio e la partecipazione del senato nei pubblici affari.

§ 128. Nominalmente restavano gli antichi *magistratus populi romani*, designati dal principe, approvati dal popolo o dal senato; le attribuzioni dei quali erano ridotte a vane forme, essendo in realtà passate nell'Imperatore.

a) I *consoli*, esempigrazia, capi un tempo dello Stato, rivestono un ufficio sempre onorevole, ma non fanno che presiedere al senato; sono nominati di due mesi in due mesi; il loro ufficio ha cessato di essere annuo, affinchè molte persone possano aspirare a questa dignità. Il nome della prima coppia di consoli serve tuttora a designare l'anno; gli altri chiamansi *consules suffecti* o *honorarii*. La loro giurisdizione si limita a presiedere alle emancipazioni, alle manomissioni, e ad altri atti solenni consimili.

b) All'opposto, i *pretori* in conseguenza delle loro ingerenze nell'amministrazione della giustizia, non ebbero a soffrire modi-

ficazioni essenziali nelle pristine attribuzioni; variò il loro numero più volte, e sotto Tiberio furono sedici; i più importanti furono però sempre il pretore *urbano* ed il *peregrino;* vennero pure istituiti dei pretori speciali per i fedecommessi, per le tutele, e per le liti fra il fisco ed i privati.

c) I *censori* furono eletti per qualche tempo ancora, sebbene interrottamente; il principe poi fu sempre uno dei censori, e gli si dava un collega; ma anche quest' uso cessò ben presto, e gli imperatori compilarono il censimento da sè soli.

d) I *tribuni* furono in questo periodo, istrumenti dei quali l' imperatore, rivestito egli stesso della *tribunicia potestas*, si serviva, allorquando voleva opporsi ad un decreto del senato. Furono scelti fra i senatori, e raramente fra i cavalieri.

e) Gli *edili,* che sotto Giulio Cesare erano stati portati a sei (con la creazione di due edili sui cereali), videro posteriormente privarsi delle loro pristine incombenze, le quali passarono in magistrature nuove. Di essi non troviamo più menzione dopo il secolo terzo.

f) I *questori* perderono ai tempi di Augusto l' amministrazione dell'*ærarium*, la quale passò ai *præfecti ærarii,* scelti fra i pretori. Soltanto nelle provincie rimasero i questori. Fatta astrazione da questi, gli altri questori, che assunsero il titolo di *candidati principis*, ebbero la missione di trasmettere al senato gli ordini del principe. Il loro ufficio era quasi un tirocinio per aprirsi l' adito al senato o ad altro impiego; e però si dicevano ancora *quæstores candidati.*

§ 129. A questi magistrati del popolo, troviamo contrapposti altri magistrati imperiali, col nome generico di *prefetti,* e nei quali risiedeva il vero potere.

a) Il primo fra questi è il *præfectus urbi* o governatore della città, che succedè all' antico *custos urbis.* Augusto istituì questa carica per essere rappresentato nella sua assenza da Roma, appunto come il *custos urbis* rappresentò un tempo i re lontani da Roma; poi divenne questo un ufficio permanente, ed il *præfectus urbi,* insieme coi consoli, presiedè ai giudizi criminali, ebbe giurisdizione in Roma e cento miglia attorno, e facoltà di decretare pene inferiori a quella della deportazione. Finalmente competenza civile gli venne conferita, e dalle sentenze dei pretori a lui si fece appello. Ebbe ancora alcune delle attribuzioni di polizia, una volta proprie degli edili curuli.

b) Il *prefetto del pretorio* (*præfectus prætorio*). Prefetti del pretorio chiamavansi originariamente i capi dei pretoriani, guardie della persona del principe, ed ebbero da primo autorità esclusivamente militare; e quando la salute del principe dipese principalmente dalla loro fedeltà, e sulla forza delle armi riposò la stabilità del governo, i prefetti del pretorio ebbero importanza massima. Uno solo, d'allora in poi, esercitò quest'ufficio, divenuto il primo di tutti. Il prefetto del pretorio omai ufficiale civile dello Stato, prese parte a tutte le politiche faccende, ed ai giudizi proferiti dall'Imperatore. Le controversie giuridiche che l'Imperatore doveva decidere, furono discusse prima dinanzi a lui; onde avvenne che la qualità di giureconsulto si addimandasse per esercitare questo ufficio. Alessandro Severo diede perfino forza di legge ai regolamenti da questo prefetto imposti ai propri subalterni. I soli cavalieri poterono cuoprire tal carica eminente cui li inalzava l'imperatore, tenuto conto del voto dei pretoriani, e qualche volta del senato, dalla quale ordinariamente non erano remossi, se non che per arbitrio imperiale.

c) *Prefetto dei vigili* (*præfectus vigilum*) era il capo delle milizie destinate a mantener l'ordine nella città. Comandava sette coorti di guardie, distribuite una per ogni due regioni (che ora in Roma erano 14), faceva delle perlustrazioni, vegliando perchè il fuoco non si appiccasse o si dilatasse, e per impedire i furti, e principalmente i balnearii e quelli con scasso. Aveva ancora una giurisdizione criminale ristretta, in materia di incendi e di furti; quando il delitto avrebbe portato all'applicazione di una pena grave, egli come incompetente a prenderne cognizione, rinviava l'affare al prefetto della città.

d) Il *prefetto dell'annona* (*præfectus annonæ*) provvedeva all'approvvigionamento di Roma, ed alla salubrità delle vettovaglie; aveva autorità di conoscere e giudicare dei contratti e dei delitti a ciò relativi. Egli era un ufficiale ben distinto dai *præfecti frumenti dandi*, che sopravvedevano alle distribuzioni gratuite di grano, d'olio, e di carni, nonchè alle largizioni di danaro, che gli imperatori cominciarono a fare per cattivarsi l'amore della plebe.

e) I *præfecti ærarii* ebbero l'amministrazione dell'erario, ed una certa giurisdizione negli affari che vi si riferivano. L'*erario*, o tesoro dello Stato, ai tempi di Augusto era distinto dal *fisco*, tesoro particolare dell'imperatore, nel quale colavano i tributi

delle provincie affidate alla sua amministrazione, i doni offerti dalle città, le penali pagate dai frodatori delle gabelle; i beni vacanti, e generalmente i beni dei condannati (*bona damnatorum*). Dall' erario dello Stato era pure distinto l'*ærarium militare*, cassa speciale dell' esercito, ricca per molte entrate. Ma sotto gli imperatori successivi, non poche delle contribuzioni che prima andavano all' erario, furono attribuite al fisco; l' erario fu amministrato dal principe; talchè le differenze fra le tre casse ora ricordate sparì, ed il fisco assorbì tutto.

§ 130. Le magistrature, che per l' innanzi erano state sempre gratuite, furono dall' accorta politica di Augusto retribuite con un salario. Era antico costume dei magistrati di circondarsi di persone illuminate, che consultavano negli affari di maggiore rilievo, e nei quali i lumi del giureconsulto più specialmente si addimandavano. Questo costume fu tradotto in legge; divenne vera magistratura l' ufficio prima gratuito e tutto volontario di consigliere, e presso tutti i magistrati imperiali fu istituito un Consiglio permanente e salariato (*consilium assessorum*).

§ 131. L' imperatore ebbe pure un simile Consiglio; Adriano lo fece permanente, e fu detto *consistorium principis*. Divenne una Corte di appello sì civile come criminale, presieduta dal prefetto del pretorio. Dei suoi decreti, proferiti talvolta sotto la presidenza degli imperatori, molti occorrono nelle Pandette. Ancora radunata in Consulta di Stato, fu dagli imperatori incaricata di formulare i loro ordini (*constitutiones*).

§ 132. L' Impero era diviso in tre parti: Roma, l' Italia e le provincie. Roma ne era il centro, e si può dire che rappresentasse lo Stato; i veri cittadini erano cittadini di Roma, il Senato di Roma era il senato dell' impero, ed i magistrati di lei non municipali, ma imperiali consideravansi.

§ 133. L' Italia ebbe sempre gli importanti privilegi che nel periodo antecedente descrivemmo, come costituenti l'*jus italicum*. Le città italiche avevano fino ad un certo punto l'amministrazione indipendente dei propri affari; ma qual fosse la costituzione municipale di esse noi per amore di brevità non staremo a riferire, rinviando i desiderosi di notizie su questo proposito agli scrittori, che *ex professo* trattano dell' istoria del diritto Romano.

§ 134. Molte notizie intorno a questa municipale costitu-

zione, somministrò una tavola di bronzo, trovata nell' anno 1732 nel golfo di Taranto. Questa tavola fu detta *tabula Heracleensis*, perchè riferivasi alla città di Eraclea, nel cui territorio fu rinvenuta. Il Savigny ha dimostrato che quella tavola, ora custodita a Napoli, contiene dei frammenti della *lex Julia municipalis* di Cesare, di quella legge cioè, che servì di fondamento alla costituzione municipale in questo periodo.

§ 135. Notizie importanti dello stesso genere si possono pure raccogliere da altra tavola, scoperta nel 1760 nelle rovine di Velleja, e che ora è conservata nel museo dl Parma. Essa contiene una parte della *lex Rubria*, per la Gallia Cisalpina. La Gallia Cisalpina cessò di essere provincia, e fu incorporata all' Italia; le sue città riceverono per conseguenza la costituzione delle italiche, a conoscere la quale giova dunque non poco la citata tavola.

§ 136. Adriano divise l' Italia, Roma eccettuata, in quattro distretti sotto il governo di quattro consolari, ai quali furono sostituiti da Marco Aurelio dei magistrati ambulanti, detti *juridici*. Finalmente Macrino fece amministrare questi distretti, alla pari delle provincie, da dei *correctores* o *præsides*. Per questa ragione, sminuì il potere dei magistrati municipali. La giurisdizione dei *duumviri*, *quatuorviri etc. juridicundo* fu limitata a certe somme determinate, l' amministrativo fu ad essi sottratto; dalle loro sentenze fu permesso l' appello al pretore, o al preside. Giudici criminali, essi non furono più; lo furono invece, i *correctores;* il potere legislativo dall' assemblea popolare passò nella curia; così si stabilì una distinzione molto appariscente fra i decurioni (*curiales*) ed i rimanenti cittadini (*plebei, humiliores*). La denominazione di *municipes*, che da primo si applicava a tutti gli abitanti, nei tempi posteriori indicò i soli decurioni, come rappresentanti il Comune.

§ 137. Le provincie conservarono nelle parti essenziali il loro primitivo ordinamento; il dispotismo romano regnò in esse, se non che si estese poi a mano a mano all' Italia; e la tendenza politica del tempo fu di ridurre questa alla condizione di quelle. Augusto divise le provincie fra sè, ed il senato. Sotto il pretesto, che quelle ove stanziavano gli eserciti, perchè esposte al pericolo continuo di invasioni nemiche, avevano bisogno dell' amministrazione diretta ed immediata dell' imperatore, solamente le si-

cure e pacifiche, fece amministrare dal senato; onde la distinzione fra le *provinciæ Cæsaris* e le *provinciæ populi*.

a) Le *provinciæ populi* erano governate dalle antiche magistrature romane. Due di esse, l'Affrica e l'Asia, erano rette da dei proconsoli, le altre da dei pretori; ma gli uni e gli altri chiamavansi proconsoli. Dei questori amministravano le finanze. Dallo *stipendium* pagato all'erario, derivò il nome di *prædia stipendiaria*, che si dava al territorio di siffatte provincie.

b) Le *provinciæ Cæsaris* non avevano proconsoli; l'imperatore riserbava per sè questa dignità. Vi mandava dei rappresentanti suoi (*legati Cæsaris*) detti *legati consulares*, e poi *præsides*, *correctores*. Un *procurator Cæsaris* faceva da questore. Costui era un liberto dell'imperatore, o un suo bene affetto scelto nel ceto dei cavalieri. Queste provincie pagavano un *tributum* al fisco, e però il loro territorio si indicava col nome di *prædia tributaria*.

§ 138. Tutte le città nelle provincie, non furono ugualmente sottoposte ai presidi. Molte fra esse ottennero dei privilegi, come le *civitates juris italici*, e quelle parificate ai *municipii*. Le *coloniæ* poi, si distinguevano in *coloniæ latinæ*, e *coloniæ civium*.

§ 139. Il suolo provinciale non era suscettibile di divenire obietto di proprietà romana, sebbene la condizione dei possessori del medesimo, tendesse insensibilmente ad avvicinarsi a quella dei veri proprietari *ex jure quiritium*. L'*ager publicus* era in gran parte divenuto proprietà degli imperatori (*fundi patrimoniales*), in parte era usurpato dai privati.

§ 140. La distinzione fra i *cives*, i *latini*, ed i *peregrini* dura in questo periodo, anzi si conosce una particolare specie di latini, detti *juniani*; dei quali dovremo trattare più tardi. L'acquisto della qualità di cittadino romano è facilitato; finchè sul terminare del periodo stesso, Caracalla accorda la cittadinanza a tutti gli uomini liberi dell'impero.

§ 141. Caracalla non abolì per questo la latinità e la peregrinità pel futuro, sibbene pel presente; egli si limitò ad accordare la cittadinanza ai liberi d'allora, che ne mancavano; onde anche dopo di lui poterono esservi *latini* e *peregrini*; latini, come a mo' di esempio i *latini juniani*: peregrini, come quelli che subivano una *media capitis diminutio*, i sudditi dei paesi nuovamente conquistati, ec. La concessione di Caracalla fu un provvedimento essenzialmente fiscale, inteso a sottoporre tutti i sudditi dell'Im-

pero, alle imposizioni sulle successioni ereditarie; ma produsse ancora importanti effetti giuridici.

CAPITOLO II.

FONTI DEL DIRITTO.

I) Del diritto non Scritto fonte è: la consuetudine.

II) Del diritto Scritto, fonti sono:

A) Le leggi, *B*) I senatusconsulti, *C*) Le costituzioni dei principi, *D*) Gli editti dei magistrati, *E*) I responsi dei prudenti.

A) *Leges.*

§ 142. Crebbe a dismisura il numero delle leggi sull'ultimo scorcio della repubblica, e durante le guerre civili che conturbarono lo Stato prima di Augusto; *corruptissima republica plurimæ leges* (Tacito, *Ann.* 3, 27). Molte leggi furono fatte sotto il governo di Augusto, e importanti per la procedura, e per la penalità; alcune anche pel diritto privato. Circa alla procedura furono notevoli le leggi *Juliæ judiciorum publicorum et privatorum.* Intorno alla penalità la *lex Julia de adulteriis*, le *leges Juliæ de ambitu, majestatis, de peculatu, de vi publica et privata, de fraudata annona.* Relativamente al diritto privato, le leggi più celebri furono: la *lex Julia et Papia Poppea* sul celibato e la sterilità; le *leges Ælia Sentia et Furia Caninia* che intesero a diminuire il numero delle manomissioni dei servi. Di queste ultime leggi dovremo parlare diffusamente, ma altrove. Accadde di frequente, che il popolo fosse chiamato a sanzionare col suo voto un senatusconsulto. Di qui derivò che una medesima disposizione legislativa talvolta ebbe nome di legge, e tal'altra volta di senatusconsulto. Ma a mano a mano che il potere imperiale andò crescendo, anche la vana formalità di consultare il popolo e di richiedere la sua sanzione. divenne rara; verso il termine del periodo attuale, cessò affatto; e le *leges* sparirono eziandio di nome, dopo il regno di Nerva.

B) *Senatusconsulta.*

§ 143. Sul cominciare dell'attuale terzo periodo, i senatusconsulti furono larga sorgente di diritto privato. Il potere popo-

lare nella sua decadenza, tendeva a concentrarsi nel senato. Venne tempo che un senatusconsulto fu reputato sufficiente a rappresentare la volontà della nazione, attalchè fu omessa l'antica *rogatio* al popolo; ed i decreti del senato andarono ancora sotto il nome di *leggi*. La maggior parte di siffatti decreti senatorii, sono deliberati sulla proposizione dell'imperatore (*ex auctoritate principis*), il quale faceva conoscere la sua volontà al senato con forme diverse. Fra queste, la più solenne era *l'oratio principis*, che il principe talora da sè recitava, talora faceva leggere da un *quæstor candidatus*. Le proposizioni imperiali erano generalmente approvate per acclamazione, e questo spiega perchè gli scrittori commentano e citano qualche volta *l'oratio principis*, anzichè il senatusconsulto. Di senatusconsulti contrarii alla sua volontà non poteva temere l'imperatore, avendo facoltà di paralizzarne l'efficacia con l'opporre ai medesimi il suo *veto*. Alcuni senatusconsulti furono, come le *leges*, indicati col nome del console che presiedeva alla votazione dei medesimi, come p. e. il S. C. Trebelliano, il Pegasiano ec.; altri col nome dell'imperatore che ne faceva la proposizione per lettera (*per epistolam*), o con una orazione (*ad orationem principis*) come p. e. il S. C. Claudiano, il Neroniano ec. In un caso speciale il nome al senatusconsulto fu dato da un malfattore, il cui delitto era stato causa immediata di quella disposizione legislativa. Un giovine scellerato, Macedone, per aver facoltà di pagare con l'eredità paterna i debiti ingenti contratti vivente il padre, cosa orribile a dirsi, lo uccise; allora il senatusconsulto Macedoniano negò ai creditori del figlio di famiglia, per danaro mutuatogli, azione civile a ripeterne il pagamento. La massima parte dei senatusconsulti relativi al diritto privato occorrono da Claudio a Settimio Severo; poi vengono meno.

C) *Constitutiones Principum.*

§ 144. La *lex de imperio*, o *lex regia*, della quale parlammo poco sopra, dava facoltà all'imperatore di ordinare tutto quello, che fosse da lui reputato conveniente al pubblico ed al privato vantaggio. Di qui scaturì una nuova fonte di diritto, le *costituzioni dei principi*; nome generico che comprende tutte le diverse maniere di manifestazione della volontà imperiale (*quod principi placuit*), la quale aveva forza di legge (*legis vicem*, o *legis vigo-*

rem obtinebat). Gaio ed Ulpiano enumerano tre diverse forme di costituzioni: gli *editti*, i *decreti* ed i *rescritti*, alle quali bisogna aggiungere i *mandati*.

a) Gli *editti* (*edicta*) erano ordinanze fatte dagli imperatori, in virtù della magistratura che rivestivano, e che portava seco l'*jus edicendi*, come quella dei pretori, dei proconsoli, e simili. L'*edictum*, o *lex generalis*, veniva comunicato al Senato con una *oratio*; era pubblicato nelle provincie dai luogotenenti imperiali, e conteneva l'espressa menzione della sua forza obbligatoria per tutti.

b) I *decreti* (*decreta*) erano le sentenze interlocutorie o definitive, proferite dall'imperatore nello esercizio della sua autorità giudiciaria. È da ritenere, che in questo periodo siffatti decreti avessero forza di legge, non solamente nel singolo caso deciso, ma in tutti gli analoghi (cost. 12, Cod. *De legibus*, I, 14).

c) I *rescritti* (*rescripta*) erano risposte per iscritto. Gli imperatori venivano spesso interrogati e consultati sopra punti dubbiosi di diritto; la risposta imperiale era scritta, ora in margine della domanda (*adnotatio*), ora in calce (*subscriptio*), ora con una lettera separata (*epistola*), ora con un atto solenne (*sanctio pragmatica*) in replica a questioni di diritto pubblico interessanti delle corporazioni. Rescrivendo in questa guisa alle consultazioni delle autorità (*epistola*), o dei privati (*adnotatio*, *subscriptio*), gli imperatori erano *juris conditores*, ed esercitavano quasi l'ufficio dei giureconsulti. Cotali risposte avevano autorità molto maggiore dei *responsa prudentum*, imperocchè oltre all'avere forza di legge nel caso che le aveva motivate, potevano essere invocate ed applicate in casi analoghi, quando non fosse stata evidente la volontà del principe che valessero pel solo caso deciso.

d) I *mandati* (*mandata*) erano istruzioni, che il principe indirizzava ai suoi impiegati, come regola di condotta. Questi mandati solevansi fare specialmente per i legati e luogotenenti del principe, nelle provincie imperiali. Contenevano dei principii di diritto, cui il legato doveva conformarsi. I mandati erano obbligatorii soltanto nelle provincie, per le quali erano stati fatti. Avevano certe somiglianze fra loro, e talora il contenuto di un mandato veniva trasfuso in un altro. Comunemente si riferivano al diritto criminale ed alla polizia; pochi e di rado al diritto civile. E questa, unita all'altra, che i mandati riguardavano speciali

provincie, non tutto lo Stato, sono le ragioni per le quali Gajo e Ulpiano non annoverano i mandati fra le diverse specie di costituzioni imperiali che ci sono state conservate sia per mezzo delle citazioni dei giureconsulti, sia per mezzo di alcune collezioni che ne furono fatte nell' epoca, la quale per noi costituisce il IV periodo dell' istoria del diritto Romano. Non essendosi rinvenute in siffatte collezioni costituzioni anteriori all' imperatore Adriano, si è creduto un tempo da taluno, che prima di quell' imperatore non ne fossero emanate; tanto più che avanti di lui si trovano tuttora ricordati dei plebisciti e dei senatusconsulti. Ma questo è un errore che si dilegua con la semplice lettura delle Pandette.

D) *Edicta magistratuum.*

§ 145. Gli editti dei pretori, e degli altri magistrati che godevano dell'*jus edicendi,* sono fonti di diritto eziandio nell'attuale periodo. Gli editti dei pretori, di anno in anno più o meno modificati, sul finire del periodo antecedente contenevano molti principii non sempre, nè tutti fra loro concordi, come pure alcune regole, omai andate in dissuetudine. Servio Sulpizio, contemporaneo di Cicerone, per fare sparire queste incongruenze, si diede a riordinare l' editto, sceverandone quello che poteva esservi di antiquato, e di contradittorio. Ofilio suo discepolo, poco dopo anche più diligentemente compose l' editto (*edictum composuit*). Ciò non pertanto il lavoro più notevole intorno all' editto fu opera di Salvio Giuliano, giureconsulto celebre e pretore ai tempi di Adriano. Sino alla fine dello scorso secolo si insegnava che Adriano aveva comandato a Salvio Giuliano di raccogliere tutti gli editti dei pretori, di sceglierne il meglio e di comporne un solo editto; si aggiungeva, che quell' imperatore aveva pubblicato come legge (rivestita d' autorità uguale a quella delle XII Tavole) il lavoro di Salvio, dandogli il titolo di *Editto perpetuo*, per indicare che doveva essere sempre e per tutto rispettato, e che i pretori non avrebbero potuto per l' avvenire alterarlo in cosa alcuna. Quest' opinione sostenuta dall' Eineccio e dal Bach, e da molti loro seguaci, ebbe un valente contradittore in Gustavo Hugo, il quale ne dimostrò l' esorbitanza. È certo, che gli scrittori antichi non parlano dell' opera di Salvio Giuliano come di un codice, che ponesse fine agli editti dei pretori; è incontrasta-

bile che eziandio dopo quell'epoca i pretori seguitarono a pubblicare editti, e modificarono in qualche parte il diritto pretorio. (Vedi GAIO, I, 6. — ULP., fr. 7-9, *Dig. de jurisdict.*, II, 1. — MARCELLUS, fr. 3, *Dig. de conjungend. cum emancip.*, XXXVII, 8, ec. ec.) È rimasto fuori di questione che il nome di *Editto perpetuo* si dava all'editto in contrapposto all'*Editto repentino*, e non già in contrapposto all'editto annuo, che anzi l'editto annuo chiamavasi anche perpetuo. Fu dunque esagerata l'importanza del lavoro di Salvio Giuliano, e la parte presavi dall'imperatore Adriano. È molto probabile, che il giureconsulto in discorso, facesse quel suo lavoro sotto gli auspicii dell'imperatore, glielo dedicasse, e che con un senatusconsulto l'imperatore ordinasse ai quattro consolari, dei quattro distretti nei quali aveva diviso l'Italia, di conformarsi all'Editto riordinato. Ma non per questo si ha da credere che venisse tolto ai pretori in modo assoluto l'*jus edicendi* per l'avvenire. Se non che è da ritenere, che per la decadenza di tutte le magistrature repubblicane, e così anche della pretura, e per rispetto alla volontà imperiale, i pretori non introducessero senza il consenso dell' imperatore, delle modificazioni importanti nell'Editto, dopo che Adriano ebbe approvato il riordinamento fattone da Salvio Giuliano. Così si spiega perchè l'Editto di Salvio Giuliano servisse, senza notevoli cambiamenti, ai pretori successivi, ed ai commenti dei giureconsulti; ed il suo testo fosse poi inserito nelle Pandette (fr. I, *Dig.*, III, 2). Salvio Giuliano commentò l'Editto, e dopo di lui scrissero sullo stesso argomento Viviano, Pomponio (83 libri), Ulpiano (83 libri), Paolo (83 libri), Furio Antiano (5 libri), Saturnino, Gajo nelle sue due opere *Ad ed. præt. urb.* e *Ad ed: provin.* Dei più celebri commenti dell'editto esistono alcuni estratti nelle Pandette; grazie a questi, si è potuto ritrovare l'ordine dei libri e dei titoli, che era quello della legge decemvirale. Molti tentarono di riporre insieme l'Editto con gli avanzi rimastine; e specialmente l'Haubold riuscì eccellente in questo lavoro.

E) *Responsa prudentum.*

§ 146. L'autorità dei responsi dei giureconsulti non fu mai a Roma tanto grande, quanto nell'attuale periodo. Dicemmo come nel periodo antecedente i giudici dall'opinione pubblica

fossero quasi costretti a rispettare quelle massime, che una serie di giureconsulti accreditati aveva concordemente professate. Pare che in questo periodo Augusto scegliesse nel numero grande dei giureconsulti, suoi contemporanei, alcuni più illustri, ed a questi accordasse una patente o matricola, per la quale fossero autorizzati a rispondere in nome di lui; ebbero allora questi responsi maggiore autorità (*major juris auctoritas*) perchè dati *ex auctoritate principis*. Creò in cotal modo l'imperatore un *privilegium* in questa, per lo innanzi, liberissima professione; e non potendo distruggere l'autorità dei giureconsulti, nè trasformarli in impiegati imperiali, quella autorità loro innestò alla propria, facendonela, per così dire, dipendere e derivare. Onde fu detto, a quei giureconsulti essere lecito *jura condere*, (*permissum est jura condere*). Questi giureconsulti privilegiati davano i loro responsi o pareri contrassegnati, forse con un sigillo o con una cifra, di cui ognuno aveva una propria (*responsa signata*) per autenticarli, come appunto fanno i nostri notari col loro respettivo sigillo. Non per questo fu inibito agli altri giureconsulti di continuare nell'esercizio della loro professione; ma siccome i loro lavori avrebbero goduto di minor credito, è molto probabile che li ponessero sotto il patrocinio di qualcheduno fra i matricolati, onde questi ultimi figurarono soli come *juris auctores*; chiamati così in contrapposto ai *veteris juris auctores*, che erano i più antichi giureconsulti anteriori alla riforma di Augusto. Le opinioni dei giureconsulti matricolati avevano immensa autorità, quando fra loro conformi; e Adriano ciò considerando, ordinò, che quando le opinioni di questi giureconsulti fossero state unanimi sopra un qualche punto di diritto, la soluzione data da essi dovesse avere forza di legge (*legis vicem*), tantochè i giudici fossero in obbligo di seguitarla; mentre se vi fosse stata divergenza di sentimento, il giudice rimanesse in libertà di adottare quella soluzione, che più sembravagli conforme al diritto ed all'equità. (GAIO, *Com.*, I, § 7.) Eziandio dopo questa disposizione di Adriano non fu impedito ai giureconsulti non privilegiati di esercitare; infatti Pomponio ci attesta, che quell'imperatore replicò a taluni, che gli domandavano licenza di rispondere sul diritto, quello non essere un favore da chiedersi, ma una facoltà che l'uso loro conferiva; e che se avevano fiducia nel loro sapere, si preparassero pure a rispondere al popolo (fr. 2, § 47, *Dig. de Origine Juris*, I, 2).

CAPITOLO III.

STATO DELLA GIURISPRUDENZA.

§ 147. L'attuale periodo è l'età dell'oro per la scienza del diritto, i suoi cultori sono i *giureçonsulti classici.* Nei loro scritti occorre non minore eleganza che in quelli dei cultori delle amene lettere, anzi quando la letteratura latina volgeva a decadenza, i giureconsulti serbavano incontaminato il purismo dell'idioma; e di vero i giureconsulti contemporanei di Seneca, scrivono più purgatamente di lui. Il loro stile all'eleganza accoppia la concisione; le questioni meglio involute sono sciolte in poche linee, e senza pregiudizio della chiarezza. Esperti nelle lettere greche, addimostrano familiarità con le opere immortali di Omero, di Platone, di Ippocrate e di Demostene; Omero a mo' d'esempio, è citato non meno di sei volte nelle Pandette, e di tre nelle Istituzioni. Ricchi di molte cognizioni estranee alla scienza, che di preferenza coltivano, ne fanno un uso parco e sapiente, scevro da qualunque pedanteria. Seguaci della greca filosofia, e specialmente della stoica, l'applicano maravigliosamente al diritto, al quale riconoscono fondamenti filosofici e specialmente morali; abbenchè devoti alla legge, non sogliono sacrificarle il sentimento dell'equità, che hanno squisito. La loro logica è rigorosa quanto la matematica, ed al pari di quella irresistibile. Di acuto intelletto, non si irretiscono nel sofisma, nè cadono in contradizione, che chiamano *inelegantia juris.* Poco propensi alle definizioni, reputandole pericolose, aborrono i vocaboli di significato ambiguo, e adoperano voci tecniche escludenti concetti vaghi o dubbiosi. Alieni dalle divisioni e classazioni puramente scolastiche, quelle che adoperano sono razionali ed importanti. L'unico rimprovero, che possa loro esser fatto, è la stranezza delle etimologie; così p. e. è veramente sorprendente il vedere, che essi fanno derivare *jus* da *justitia; metus* da *mentis trepidatio; familia* da *fons memoriæ; testamentum* da *testatio mentis*, ec. ec. Ma forse più che etimologie, erano questi dei giuochi di parole, adoperati per favorire la memoria del significato di certi vocaboli tecnici.

§ 148. L'insegnamento del diritto, sul principiare di questo periodo, fu più presto privato che pubblico, e meglio pratico che

teorico. Sebbene a noi manchino notizie precise sul metodo adoperato nel compartirlo, sembra che scuole di diritto esistessero, imperocchè, fino dai tempi di Cicerone, alcuni celebri giureconsulti si chiamano discepoli di giureconsulti più antichi, che vantano come loro *præceptores*. Probabilmente i giovani desiderosi di istruirsi, prima ricevevano un' istruzione elementare o di istradamento nei principii della giurisprudenza, e si dicevano allora ***studiosi***; poi passavano ad un insegnamento pratico assistendo di presenza agli affari, ai responsi, ed a tutto quello che vi si connetteva (*auditores*); ed il giureconsulto prendeva occasione di qui per esporre loro le ragioni della sua opinione, del suo procedimento, e per sciogliere i loro dubbii (*instruere*). Il primo grado di questo insegnamento dovè essere in origine una occupazione, cui i giureconsulti si dedicavano non esclusivamente nè per professione, ma per sodisfare alle istanze di amici o per genio proprio; anche il secondo grado, essenzialmente pratico, pare che fosse pure tutto volontario e gratuito, e che non attribuisse nessun carattere particolare a chi lo amministrava. Solamente verso il termine di questo periodo troviamo ricordati dei ***Juris civilis professores***, cui si retribuivano degli onorari dagli alunni, per entrare ad ascoltarli nelle loro ***stationes***. Questi maestri esclusivamente dedicati all' insegnamento, avevano delle scuole private; non erano impiegati dello Stato; soltanto sembra che per essere autorizzati ad insegnare, dovessero essere riconosciuti idonei dall' autorità, dopo una loro dichiarazione o professione di principii, onde il nome loro di ***professores***. Nel periodo successivo lo insegnamento del diritto diviene pubblico, ordinato e pagato dallo Stato.

§ 149. Gajo e Pomponio, per tacere di molti altri, fanno menzione di sètte, o scuole (*sectæ*, *scholæ*) fra le quali si divisero i giureconsulti romani, nell'epoca di cui discorriamo. Il principio di questa scissura si riferisce comunemente ai tempi di Augusto. Durante il suo impero vivevano in Roma due giureconsulti: Antistio Labeone, ed Attejo Capitone emuli fra loro, ambedue illustri e di gran seguito. Divergenza nelle politiche tendenze, diversità di carattere morale, rivalità di professione, dissentimento nei principii scientifici; erano queste bastevoli ragioni, perchè fossero avversi l'uno all'altro. Antistio Labeone (figlio di Quinto, ugualmente giurista, che combattè a fianco di Bruto e di Cassio

a Filippi, e che non volle sopravvivere alla libertà di Roma), come il padre ebbe sensi schiettamente repubblicani; inaccessibile alle blandizie di Augusto, ricusò il consolato, che questi per amicarselo gli offeriva. Viveva metà dell'anno in Roma insegnando, e scrivendo consultazioni sopra affari forensi, e l'altra metà in campagna, ove forse compose i quattrocento, o più probabilmentei quaranta volumi, dei quali si racconta che fosse autore. Scevro da ogni attaccamento servile alle opinioni dei maggiori, e propenso a favorire il progressivo svolgimento della giurisprudenza, sosteneva virilmente le conseguenze derivanti dai propri principii, quantunque potessero apparire innovazioni. Attejo Capitone, figlio di un Centurione, era ligio al potere, e come i suoi antenati cresciuti in potenza ai tempi di Silla, fu cortigiano di chi comandava, si chiamasse esso Ottavio o Tiberio. Reverente alle dottrine insegnategli, le trasmetteva inalterate ai suoi discepoli, e tenacemente le sosteneva come giureconsulto; fedele alla pratica ed alla consuetudine, più presto che studiarsi di estendere la lettera della legge a nuove applicazioni, cercava di fare trionfare le interpretazioni, che ne erano state date per lo innanzi. Si può dunque dire, che Labeone si faceva forte sulla ragione, Capitone sulla tradizione; l'uno aveva per guida la filosofia, l'altro l'autorità. Laonde fra essi esistè quel conflitto, che occorre sempre fra le opinioni ed i principii trasmessi per tradizione e sostenuti da autorità, e le opinioni ed i principii che sono professati da chi è fiducioso nelle forze della ragione, e convinto della necessità del progresso. Questo diverso indirizzo dato da quei due solenni giureconsulti ai loro discepoli, fece passare in costoro l'antagonismo dei precettori; di qui la distinzione di due parti o scuole. E dopo la morte di Capitone, l'antesignano della sua scuola fu Sabino, mentre Nerva lo fu di quella di Labeone. Verso il regno di Vespasiano, Proculo capitanò la scuola di Nerva, Cassio quella di Sabino; ed i discepoli dell'uno furono allora detti *Cassiani* e *Sabiniani* quelli dell'altro. In seguito, Pegaso tenne il primato nella scuola di Proculo, e Celio Sabino in quella di Cassio; onde la distinzione di *Pegasiani e Sabiniani*. Questa scissura, continuò fino al regno di Adriano; ma allora scomparve. Ecco il quadro dei capiscuola nell'ordine della loro successione.

Labeone . . . Capitone
Nerva . . . Sabino

Proculo . . .	Cassio
Nerva figlio . .	Celio Sabino
Pegaso . . .	Giavoleno Prisco
Celso	Aburnio Valente
Celso figlio . .	Tusciano
Nerazio Prisco .	Salvio Giuliano.

Anderebbe lontano dal vero chi reputasse che la diversità nel carattere scientifico e politico, che dicemmo esistere fra Labeone e Capitone, si mantenesse uguale nei loro discepoli: sappiamo anzi che l'impulso a più larghi studj dato da Labeone, non fu senza efficacia sui discepoli di Capitone; ma la reverenza e l'affetto verso i respettivi maestri, che i discepoli chiamavano *nostri præceptores*, fu causa che nei casi dubbi ognuno preferisse l'opinione dei propri precettori, a quella dei *diversæ scholæ auctores*, ossia dei precettori della scuola opposta. Vi furono giureconsulti, i quali non parteggiarono decisamente per alcuna delle due scuole. Gli scrittori moderni li chiamano *miscelliones* o *herciscundi;* veramente non pare che possano qualificarsi per seguaci dell'eclettismo; e però è improprio il nome che loro si dà di *miscelliones;* come improprio quello di *herciscundi*, il quale si fonda sopra un errore del Cujacio nel decifrare un manoscritto di Servius *ad Virgil. Æn.*, III, 60, ove lesse *herciscundi* invece di *terris condi*.

§ 150. Le opere dei giureconsulti romani giustificano la celebrità della quale essi ebbero a godere. Dei preziosi frammenti di queste opere sono giunti fino a noi, dopo essere stati legge comune a tutti i popoli civili. Questi frammenti stanno raccolti per la massima parte in quella compilazione ordinata dall' imperatore Giustiniano, che ha nome di *Pandette* o *Digesti*, e della quale dovremo parlare fra breve. In questa compilazione, ogni frammento è accompagnato dal titolo dell'opera da cui fu estratto; e così siamo in grado di sapere quali fossero gli scritti dei più celebri giureconsulti. Alla quale cognizione giova non poco, come conferma e supplemento, il catalogo delle opere che l'imperatore Giustiniano fece porre a contribuzione dai compilatori delle Pandette; si può leggere nel famoso manoscritto, che di quella compilazione si conserva in Firenze. Le opere dei giureconsulti romani furono di genere diverso. Infatti sappiamo che essi composero:

1° Dei manuali per l'insegnamento, sotto il titolo di *institutiones, regulæ, definitiones.*

2° Delle opere pratiche più o meno diffuse: *libri juris civilis, digesta, receptæ sententiæ.*

3° Commentarii estesi sulle leggi, come *libri ad edictum etc.*

4° Dei commentarii alle opere di altri giureconsulti, come *ad Sabinium, ad Papinianum etc.*

5° Delle monografie, ossia trattati speciali su qualche legge, su qualche senatusconsulto, o su qualche particolare istituzione, *libri singulares, de dotibus, de fideicommissis, de officio judicis, ad senatusconsultum Vellejanum, ad legem Corneliam de falsis etc.*

6° Delle raccolte di decisioni e consultazioni: *libri responsorum, epistolæ, decretorum libri etc.*

7° Delle opere di controversia, *libri differentiarum rerum.*

8° Finalmente opere varie, come *aureorum, quotidianæ, membranæ etc.*

§ 151. Noi ci limiteremo a ricordare i più conosciuti fra i giureconsulti romani di questo periodo, scegliendo fra questi, coloro dei quali qualche notizia biografica è giunta fino a noi. Ricordare tutti quelli il cui nome ci è conosciuto sarebbe opera troppo lunga e tediosa. Infatti non sono meno di 120. Di 39 abbiamo dei frammenti, e di 81 soltanto delle citazioni. Fra questi 81, di 28 Pomponio si limita a riferire il nome nella breve istoria, che ci somministra del diritto Romano (fr. 2., *Dig. de origine juris*, I, 2). Sul terminare della repubblica il più famoso giureconsulto era *Servio Sulpizio*, amico di Cicerone. Il sommo oratore scrive, che Servio Sulpizio fu il primo ad inalzare il diritto alla dignità di scienza, onde pare che a lui si debba l'ordinamento scientifico, che occorre nel diritto Romano. Egli fu discepolo di Aquilio Gallo, del quale ci rimane una formula di quietanza generale, di cui dovremo parlare; la *stipulatio aquiliana.* Servio Sulpizio fu da prima oratore, poi conoscendo che diceva il vero Q. Mucio, quando trovatolo lento ad intendere un suo responso, esclamava: *turpe esse patricio et nobili, et causas oranti, jus in quo versaretur ignorare,* si diede tutto allo studio del diritto, e vi riuscì eccellente. Egli scrisse molti volumi (circa 180) che si veggono citati dai giureconsulti posteriori. È ricordato molte volte nelle Pandette. Ebbe a discepoli quella pleiade di illustri giureconsulti, che rifulgevano sotto il regno di Augusto, come

Aufidio, Ofilio, Alfeno Varo, ec. ec. *Aufidio Ramusa* è uno dei 10 discepoli di Servio Sulpizio, ricordati da Pomponio. Egli riunì le opere dei suoi compagni di studio in una compilazione di 140 libri, citata sotto il titolo complessivo di *Servi auditores*. *Aulo Ofilio* è celebre principalmente per i suoi lavori sull' editto; di lui troviamo scritto: *edictum prætoris primum diligenter composuit*. Fu amico di Cesare; ma si astenne dalla politica; quindi non ebbe mai alcuno ufficio pubblico. *Alfeno Varo* sortì umilissimi natali, si vuole che fosse barbitonsore in Cremona; la molta dottrina, che per studio perseverante ed ingegno eminentemente svegliato, presto acquistò, gli valse il consolato, e la sepoltura a spese dello Stato. Scrisse 40 *libri digestorum*, dai quali furono estratti i 54 frammenti, che di lui sono riportati nelle Pandette. Suo contemporaneo fu *Trebazio Testa*, che godè di minore fama di Ofilio, cui era inferiore per talenti, ma per lo meno uguale nella pronta e profonda conoscenza del diritto. Sebbene vecchio, pure contemporaneamente a Trebazio Testa, viveva *Aulio Cascellio*, più oratore che giureconsulto, famoso per la indipendenza del suo carattere, che lo fece avverso a viso aperto alle prepotenze dei triumviri. Scolare di Ofilio fu *Q. Tuberone*, che dall' arte oratoria, come molti altri, passò alla giurisprudenza, nella quale divenne, al dire di Pomponio, profondamente istruito. Dopo questi giureconsulti, e così sotto il regno di Augusto, tennero il primato Antistio Labeone ed Attejo Capitone, dei quali gia abbiamo parlato; fra questi due Labeone ebbe più credito. Nerva e Sabino, lo dicemmo, proseguirono nella scissura dei loro maestri, Labeone e Capitone. *Coccejo Nerva* discepolo di Labeone, seguitò i suoi principii scientifici, non già i politici. Infatti fu intimo amico di Tiberio. È citato spesso come autorevole giureconsulto, ma non si ricorda nessuno scritto particolare di lui. Fu padre di un altro giureconsulto Nerva, ed avo di Nerva imperatore. *M. Sabino* successore di Capitone, era poverissimo, tantochè viveva mercè i soccorsi dei suoi discepoli; e solamente negli ultimi tempi della sua vita fu ammesso nella classe dei cavalieri. Compose molte opere, fra le quali specialmente lodato fu il suo Manuale, conosciuto sotto il titolo di *Libri tres juris civilis*. I suoi scritti ebbero tanto credito, che celebri giureconsulti come Pomponio, Paolo, ed Ulpiano li commentarono ed annotarono. Nelle Pandette non si trova nessun frammento suo, ma il suo nome nel manoscritto fiorentino

è nella lista dei giureconsulti, le cui opere furono poste a contribuzione dai compilatori di quella collezione giustinianea. ***Proculo,*** successore di Nerva, diede il nome alla scuola; infatti, ***Proculejani*** furono chiamati i suoi discepoli; ciò dimostra che dovè godere di grande riputazione. Egli è citato spesso; pochi frammenti delle sue opere si trovano nelle Pandette. L'avversario suo fu ***Cassio Longino***, in onore del quale i ***Sabiniani*** furono da allora in poi chiamati ***Cassiani.*** Discendeva da Cassio, uno degli uccisori di Cesare; se ne gloriava, e ne professava i principii; attalchè sotto Nerone fu bandito; Vespasiano lo richiamò. Scrisse alcuni ***Libri juris civilis,*** che ebbero credito anche presso i giureconsulti posteriori. Contemporanei suoi furono altri giureconsulti di minor conto, come *Nerva il Giovane*, *Ursejo*, *Atilicino* ec. Successore di C. Cassio fu *Celio Sabino*, console sotto Vespasiano. Scrisse un Commentario sull'editto degli edili curuli. A costui fu contrario, come successore di Proculo, *Pegaso* prefetto della città sotto Vespasiano, e poi console. Da Pegaso prese nome il famigerato senatusconsulto Pegasiano, che autorizzò l'erede ad eseguire il fidecommisso soltanto fino ai $^3/_4$ dell'ammontare del medesimo. Nello stesso tempo sembra vivesse quel *Plauzio* autore di un Manuale, sul quale assai fu scritto di poi (*Libri ex Plautio*, *ad Plautium*). Successore di Sabino nella scuola dei Sabiniani fu *Giavoleno Prisco,* degli scritti del quale nelle Pandette troviamo 206 frammenti. Nella scuola dei Proculejani, dopo Pegaso, troviamo *Celso il padre,* ed il più celebre *P. Celso figlio.* Dei 39 ***Libri Digestorum*** di quest'ultimo nelle Pandette si riscontrano 142 frammenti; di più è citato frequentemente, e sono spesso riferite le sue opinioni. Contemporaneamente nella scuola opposta fu *Nerazio Prisco;* dei suoi lavori i compilatori delle Pandette profittarono non meno di 64 volte. Visse ai suoi tempi il giureconsulto *Aristone,* che ebbe fama di uomo versato in ogni maniera di discipline, e del quale dovremo far menzione, trattando dei contratti Reali Innominati. Chiuderemo il novero dei giureconsulti appartenenti alle due scuole rivali, col nome dei successori di Giavoleno Prisco, i quali furono *Aburnio Valente*, *Tusciano* e *Salvio Giuliano*. *Aburnio Valente* ha 20 frammenti delle sue opere nelle Pandette: *Salvio Giuliano* poi è il redattore dell'Editto, come fu detto poco sopra. Fu pretore, console, e *præfectus urbi.* Sono 457 i frammenti delle sue opere contenuti

nelle Pandette; quei frammenti per la massima parte sono estratti dai suoi *Libri XC Digestorum*. Ai tempi di Salvio Giuliano viveva, sebbene assai più giovane di lui, *Sesto Pomponio*, autore di quel frammento *de origine juris* tante volte da noi citato, e che serve di tanto lume nell'istoria del diritto Romano; 585 sono i frammenti, che delle sue scritture rinvengonsi nelle Pandette. Taluno ha dubitato che esistessero due giureconsulti con lo stesso nome di Pomponio, specialmente perchè il fr. 41, *Dig. de Hæred. instit.*, XXVIII, 5, che è di Pomponio, termina con le parole *ut refert Pomponius*; ma queste probabilmente furono aggiunte dai compilatori delle Pandette, e non debbono attribuirsi ad un Pomponio che ne citi un altro. *Sesto Cecilio Affricano* fu seguace e discepolo di Giuliano; celebri per le difficoltà che oppongono all'interpretazione sono i 131 frammenti che di lui esistono nelle Pandette, tratti dai suoi *IX Libri quæstionum*. Appartengono alla stessa epoca *Giunio Mauriciano*. (4 frammenti nelle Pandette) *Volusio Meciano* (44 frammenti) *Terenzio Clemente* (35 frammenti), *Claudio Saturnino* (1 solo frammento), ed il più celebre di tutti Gajo o Cajo. La fama, della quale godè questo giureconsulto nei suoi tempi, è per avventura cresciuta oggi, dopo il ritrovamento delle genuine sue Istituzioni, che tanti materiali hanno somministrato per la storia interna del diritto Romano. La sua vita è sconosciuta; si ignora perfino la sua origine, e vi ha chi pretende che avesse anche un altro nome, caduto poi in dimenticanza. Visse sotto Adriano, Antonino Pio, e Marco Aurelio; non ebbe alcuno ufficio pubblico; è probabile che principalmente si occupasse dell'insegnamento, e che non godesse dell'*jus respondendi*, come i giureconsulti matricolati. I suoi principali scritti, che somministrarono 536 frammenti alle Pandette, sono i Commentari alla legge delle XII Tavole, alla legge Giulia e Papia Poppea, agli editti; alcune Monografie; *i Libri VII rerum quotidianarum s. aureorum;* il *Liber de casibus*, finalmente le sue Istituzioni, (*Institutionum Commentarii quatuor*). I Visigoti avevano inserito nella loro raccolta officiale delle leggi romane, che ebbe titolo di *Breviarium Alaricianum*, alcuni frammenti, e più spesso una analisi compendiosa di quelle Istituzioni. I giureconsulti della scuola del Cujacio, e specialmente il *Pithou*, avevano riunito in un volume sotto il titolo di *Epitome delle Istituzioni di Gajo,* tutto quanto di questo scrittore si trovava nella citata collezione

barbarica. Ma le genuine Istituzioni di Gajo non si conoscevano. Nel 1816, nella Biblioteca del Capitolo di Verona, il Niebhur casualmente fu colpito dall'aspetto di un palinsesto, che conteneva le Epistole di san Girolamo, ma dalla pergamena del quale trasparivano alcune parole di argomento giuridico. Era evidente che il copista aveva adoperato una pergamena, sulla quale stava scritta un'opera di diritto Romano; l'aveva lavata e grattata, e sulla medesima, come si faceva troppo spesso in quella epoca di barbarie, aveva trascritta un'altra opera. Il Savigny riconobbe che l'opera così sacrificata erano le Istituzioni di Gajo. Nel 1817 Göschen e Bethmann Hollweg, per commissione dell'Accademia di Berlino, dopo molti mesi di un lavoro paziente e costante, fatta scomparire la più recente scrittura, giunsero a decifrare le Istituzioni di Gajo. Nel 1820 furono pubblicate per la prima volta. Non è opera assolutamente completa; mancano alcuni fogli (probabilmente 3) nel mezzo, ed in molti punti esistono delle lacune, perchè non soltanto era stata lavata ma benanco grattata quella pergamena. Il manoscritto non conteneva il titolo dell'opera, ma la critica lo ha posto in chiaro. Dopo Gajo fino al regno di Alessandro Severo, giureconsulti di grande reputazione, furono principalmente: *Papirio Giusto* (16 frammenti), *Tarrunteno Paterno* (2 frammenti), *Ulpio Marcello* (159 frammenti), *Cervidio Scevola* (307 frammenti), *Tertulliano* (45 frammenti), *Claudio Trifonino* (79 frammenti), *Arrio Menandro* (6 frammenti), *V. Saturnino* (71 frammenti), *Giulio Aquila* (2 frammenti), *Callistrato* (99 frammenti), *Elio Marziano* (275 frammenti), *Emilio Macero* (62 frammenti) e *Florentino*, del quale le Pandette hanno 42 frammenti tratti dalle sue Istituzioni in XII libri, in cui adottò per certo un ordinamento di materie assai diverso da quello di Gajo. Ma al di sopra di questi, e degli altri tutti fin qui ricordati, sono i quattro grandi giureconsulti *Emilio Papiniano, Giulio Paolo, Domizio Ulpiano, Erennio Modestino*. Il principe dei giureconsulti è, per giudizio degli antichi e dei moderni scrittori, *Emilio Papiniano*. Amico intimo dell'imperatore Settimio Severo, preside del *consistorium principis*, *præfectus prætorio*, godè la bella fama non solo di primo fra i giuristi, ma eziandio di uomo impareggiabile per integrità ed illibatezza di principii e di costumi. La nobiltà del suo carattere gli fu cagione di morte violenta. Caracalla, avendo ucciso Geta, voleva che Papiniano lo giustificasse del fratricidio;

ma a quella coscienza intemerata sembrando che accusare un innocente assassinato fosse un secondo assassinio, coraggiosamente ricusò di assumere il turpe incarico. Caracalla inferocito pel rifiuto, e per la rampogna che l'accompagnava, lo condannò a morte. Le sue opere più celebri sono, i *Libri XIX responsorum*, i *Libri XXXVII quæstionum*, i *Libri XI definitionum*. Ulpiano, nato a Tiro in Fenicia, fu prefetto del pretorio sotto Alessandro Severo, e l'uno dei consiglieri intimi di quell'imperatore. Morì assassinato dai pretoriani, che si era inimicati con le sue riforme. Il suo stile facile (sebbene rimproverato dai puristi del tempo di sapere troppo di ebraico), le sue idee limpide, il suo metodo essenzialmente sintetico furono causa che nella compilazione delle Pandette le sue opere venissero adoperate più delle altre. Infatti ne furono estratti 2461 lunghi frammenti, che compongono più della terza parte dei Digesti. Opere sue di grande mole furono: i *Libri LXXXIII ad Edictum*, ed i *Libri LI ad Sabinum*. È giunto a noi ancora un frammento di un'opera probabilmente sua, il *Liber singularis regularum* (contiene 29 titoli). Fu scoperto nel 1544 dal Dutillet (Jo. Tilius) nel manoscritto del *Breviarium Alaricianum*, che trovasi nella Biblioteca Vaticana. Sembra che Ulpiano scrivesse pure delle Istituzioni. Almeno a queste si crede che appartengano certi frammenti trovati in alcune striscie di pergamena, che erano impiegate a tenere insieme i fogli di un manoscritto, depositato nella Biblioteca imperiale di Vienna. Stefano Endlicher, che scoperse questi frammenti, li pubblicò nel 1835. Trattano dei Contratti e degli Interdetti. Paolo, nato a Padova, fu assessore di Papiniano nella prefettura del pretorio, poi egli stesso fu prefetto. Dei suoi scritti, il numero dei quali fu anche maggiore di quelli di Ulpiano, trovansi 2087 frammenti nelle Pandette, tratti da 78 opere diverse, i quali compongono quasi la sesta parte di questa compilazione. La chiarezza non fu il suo pregio, talchè gli interpreti più antichi lo chiamavano *maledictus Paulus*. Abbiamo di lui un'opera divisa in 5 libri, le *Receptæ Sententiæ*; fu ritrovata nel Breviario Alariciano. Le sue opere più voluminose furono *LXXX libri ad edictum*, *XXVI quæstionum*, *XXIII brevium*, *XXV responsorum*, *XVIII ad Plautium*. Egli compose anche *Libri II de jure fisci*, e forse a questa opera appartengono due fogli molto guasti di uno scritto giuridico sul fisco, trovati nel 1816 a Verona dal Niebhur, nel palinsesto di Gajo, e pubblicati dal Göschen sotto il

titolo di *Fragmentum de jure fisci.* Modestino chiude la serie dei giureconsulti classici. Fu discepolo di Ulpiano. Nelle Pandette si trovano 345 frammenti delle sue opere. Si è preteso che fosse governatore della Dalmazia, o almeno nativo di là; ma non se ne hanno riscontri sicuri. I frammenti del *Liber singularis regularum* di Ulpiano, delle *Receptæ Sententiæ* di Paolo, e delle *Istituzioni* di Gajo, compongono la maggior parte di una breve raccolta di diritto antegiustinianeo, conosciuto sotto il titolo di *Ecloga Juris Civilis*, libro assai utile per gli studiosi del diritto.

IV° PERIODO.

Dal tempi di Alessandro Severo fino a quelli di Giustiniano.

CAPITOLO I.

AVVENIMENTI POLITICI.

§ 152. Quest'ultimo periodo della storia del diritto Romano è il periodo della decadenza; la virilità cede alla decrepitezza; le istituzioni politiche, le leggi civili, le arti, le scienze vanno in rovina; la barbarie si estende; essa sorge nell'interno dello Stato, e pur dall'esterno lo inonda; dentro, l'anarchia; ai confini i barbari, che tentano sottomettere gli antichi padroni del mondo. Quattro sono i fatti più sporgenti del periodo attuale: *a*) La diffusione del Cristianesimo. *b*) La traslazione della sede imperiale a Costantinopoli. *c*) La divisione dell'impero romano in Oriente ed Occidente. *d*) L'invasione dei barbari. Avvenimenti tutti importanti, non solamente pel diritto, ma ancora per la civiltà.

§ 153. Tre epoche possono distinguersi in questo periodo;

A) La prima estendesi da Alessandro Severo fino a Costantino, sotto il cui reggimento, la religione cristiana diviene la religione dello Stato, e la sede imperiale è trasferita a Bisanzio, d'allora in poi Costantinopoli.

B) La seconda comincia da Costantino, e finisce con l'invasione dei barbari.

C) La terza da questa luttuosa catastrofe giunge fino a Giustiniano, il riformatore del diritto Romano.

§ 154. Nella prima di queste epoche l'ordinamento politico, istituito nel periodo antecedente, prosegue sullo stesso piede; la legislazione non subisce grandi mutamenti; soltanto la scienza giuridica volge a decadenza, mancandole illustri cultori.

§ 155. Da Alessandro Severo fino a Diocleziano si succederono bene sedici imperatori, i quali quasi tutti perirono di morte violenta. I pretoriani, divenuti, pel dispotismo militare, arbitri del potere, lo ponevano per così dire all'incanto, a loro senno facendo e disfacendo gl' imperatori. Quest' anarchia militare, questo abuso della forza, questo dispotismo opprimente cessarono sotto Diocleziano; un poco d'ordine ritornò allora nello Stato; se non che il governo degenerò in una monarchia assoluta; le antiche magistrature repubblicane scomparvero anche di nome, cedendo il luogo ad impiegati imperiali; la pompa ed i costumi orientali invasero la corte; fu aperta la via alla divisione dell' impero; in una parola, sotto Diocleziano fu cominciata l'opera, che Costantino poi condusse a termine.

§ 156. Costantino accrebbe l'influenza delle idee asiatiche, con lo stabilire la sua residenza a Bisanzio, nuova Roma, governata come Roma, della quale godè i privilegi stessi. Il diritto privato, meno del pubblico, ebbe da primo a risentire gli effetti dei costumi e dei principii orientali, essendo già un sistema compiuto, e solidamente stabilito; ma alla perfine anche esso dovè subire la medesima sorte. La lingua latina per qualche tempo rimase la lingua officiale nei tribunali, latina essendo la legislazione, latine le opere più famigerate, che su quella legislazione erano state scritte. Un ostacolo all'invasione della barbarie orientale l'oppose la religione cristiana, prima tollerata, poi professata da Costantino; al Cristianesimo, a Roma, ai Pontefici deve l'Europa l'attuale sua civiltà. Costantino, continuando e migliorando il sistema che Diocleziano aveva incominciato, volle profonda la separazione fra il potere militare ed il civile, cercò di uguagliare sempre più le condizioni di tutte le parti dell'impero; riunì il potere in sua mano, rialzando la dignità imperiale.

§ 157. Sotto il suo regno, l'impero fu diviso in quattro parti,

governate ciascheduna da un prefetto del pretorio. Ogni prefetto aveva sotto il proprio governo più diocesi. 1. Il prefetto *d'Oriente* aveva le diocesi di Asia, di Egitto, del Ponto e di Tracia; 2. il prefetto *d'Illiria* aveva sotto la sua dependenza la Macedonia e la Dacia; 3. il prefetto *d'Italia*, l'Italia, la Dalmazia e la costa settentrionale di Affrica; 4. il prefetto *delle Gallie*, la Gallia, la Spagna e la Gran Brettagna. Questa divisione era una semplice modificazione di quella già adottata da Diocleziano. Volle Costantino che ogni diocesi fosse presieduta da dei sotto-prefetti, chiamati *vicarii*, ed in qualche luogo *proconsoli*. Ogni *diocesi* contenne più provincie, governate da dei *consulares*, *præsides* o *correctores*. Il comando militare risiedeva in due capitani supremi, detti *magistri militum*; l'uno capo della cavalleria (*magister equitum*), l'altro della fanteria (*magister peditum*). Costantino, liberatosi successivamente dai suoi colleghi e rivali, dal 323 in poi tenne solo il trono fino alla sua morte, avvenuta nel 337. Gli succederono tre suoi figli Costantino, Costanzio e Costante; ma per la morte dei suoi fratelli, coi quali si era diviso l'impero, Costanzio regnò solo fino al 361.

§ 158. Nell'anno 364 Valentiniano associossi all'impero il proprio fratello Valente, ritenendo per sè le due prefetture occidentali, ed al fratello affidando le orientali. Teodosio I riuscì a riunire nuovamente tutto l'impero sotto il suo comando; ma quest'unione durò poco, perocchè morendo, i suoi figli divisero l'Oriente dall'Occidente, e da quest'epoca queste due parti rimasero distinte per sempre; soltanto per un momento le riunì Giustiniano. Ma questa distinzione in *Oriente* ed *Occidente*, non era una separazione che distruggesse l'unità dell'impero; le leggi erano promulgate a nome dei due imperatori, e la parte orientale aveva sempre una certa preminenza sull'occidentale.

§ 159. La costituzione dell'impero era monarchica assoluta. L'imperatore era lo Stato; a suo senno faceva e disfaceva le leggi, nominava alle magistrature coloro che a sè reputava più ligi: da prima veniva eletto alla morte del suo antecessore dai pretoriani, o designato in vita dall'antecessore stesso; ma a poco a poco la monarchia divenne ereditaria. Non si credeva più necessaria una legge per conferirgli il potere; tuttavolta l'installazione si faceva con grandi solennità; con molta pompa era rivestito dell'abito imperiale, e nell'Oriente incoronato dai patriarchi.

Appena asceso al trono, emanava un manifesto diretto al senato, col quale prometteva giusto e savio governo.

§ 160. Un senato rimane in Roma, ed un senato si istituisce a Costantinopoli, ma l'assemblea senatoria ha perduto pressochè tutte le sue politiche attribuzioni. Più che altro è un Consiglio comunale che dirige gli affari economici della città; qualche volta gli imperatori lo consultano ancora, ma non per obbligo; sotto Leone il filosofo, la sua cooperazione al governo cessa affatto; rimane tribunale criminale, presieduto dal prefetto della città, e giudica i delitti sottoposti al suo esame dall'imperatore.

§ 161. Il nome di *console*, occorre sempre; un console abita a Roma, ed uno a Costantinopoli. Questi consoli sono eletti dagli imperatori sulla proposizione del senato, ed hanno come principale loro attribuzione, la facoltà di autenticare con la loro presenza e cooperazione alcuni atti solenni, esempigrazia, le manomissioni. Giustiniano tolse ai consoli anche quest' ufficio; nessun privato, da quell'imperatore in poi, fu più console; console perpetuo divenne l' imperatore.

§ 162. L'imperatore delegava il suo potere a più magistrati, che erano suoi ufficiali. Costoro ricevevano un salario; venivano nominati a tempo, ma l'imperatore soleva confermarli, quando non gli davano motivo di malcontento. Una rigorosa gerarchia, che era delitto il violare, fu stabilita per questi impiegati; e l'almanacco di Corte, che si pubblicava ogni anno (*laterculus*, *commentarius principis*), conteneva l'elenco di essi. In primo luogo venivano gli *illustrissimi* o *nobilissimi*; godevano di questo titolo di dignità i membri della famiglia imperiale, e quei personaggi eminenti, cui il principe per onore avevalo conferito. Ad essi tenevano dietro i *patricii* (*excelsi viri*, *sublimis honor*); così chiamavansi persone rivestite di una nobiltà personale dall'imperatore, in ricompensa dei servigi prestati nello esercizio degli uffici più dignitosi. In seguito venivano gli *illustres*, gli *spectabiles*, i *clarissimi* e poi i *perfectissimi* e gli *egregii*.

A) Fra gli *illustres* annoveransi: 1. i *præfecti prætorio*, o capi delle prefetture nelle quali era diviso l'impero. Privati da Costantino di qualunque potere militare, nella respettiva prefettura rappresentavano l'imperatore; promulgavano le leggi imperiali, facevano editti generali aventi *quasi forza di legge;* repartivano le imposizioni, e ne curavano la esazione; sorvegliavano i

governatori delle provincie, e li giudicavano ancora, sospendendoli provvisoriamente nell'esercizio delle loro funzioni; sentenziavano in appello, ed in ultima istanza, e dai loro giudicati non si poteva se non che ricorrere in via di grazia all'imperatore. Variò il loro numero col numero delle prefetture. 2. I *prefetti della città,* uno a Roma, l'altro a Costantinopoli, avevano attribuzioni analoghe a quelle, che vedemmo essere loro proprie nel periodo antecedente. Governatore supremo il prefetto della città aveva sotto la sua dipendenza tutti i magistrati; capo della polizia, provvedeva alla pubblica tranquillità; si occupava dell'approvvigionamento, degli edifizi pubblici di Roma o di Costantinopoli. Giudicava in seconda istanza, ma dalle sue sentenze era appello all'imperatore. La giurisdizione del prefetto di Roma si estendeva su questa città e cento miglia attorno; quella del prefetto di Costantinopoli, sopra la città. 3. I *magistri militum*, generalissimi degli eserciti, ebbero giurisdizione sì civile che criminale sui militari: da primo furono due soltanto, l'uno per la cavalleria, l'altro per la fanteria; poi il loro numero aumentò, ed ebbero indistintamente il comando di fanti e di cavalli. 4. Molte cariche di palazzo attribuivano la dignità di *illustris* a chi le cuopriva; come p. e. quella di *quæstor sacri palatii*, specie di ministro guardasigilli per le cui mani passavano tutte le leggi, la proposta e la risoluzione delle petizioni fatte all'imperatore, le quali cose tutte autenticava con la sua firma; e quella di *magister officiorum*, ossia gran maggiordomo o soprintendente di corte, cui spettava oltre che la sorveglianza e la direzione di tutta la servitù di palazzo, e delle cerimonie di corte, ancora l'amministrazione delle Poste, e del materiale da guerra. *Illustres* erano eziandio, il *comes sacrarum largitionum,* gran tesoriere imperiale, il *comes rerum privatarum* o amministratore dei beni privati imperiali; il *præpositus sacri cubiculi* o gran ciamberlano, i *comites domesticorum* o capi della guardia del corpo.

B) Alla classe degli *spectabiles* appartenevano i capi dei quattro dicasteri, o spartimenti della cancelleria imperiale (*scrinia* o *officia*); e siccome vi era uno *scrinium memoriæ*, uno *epistolarum*, uno *libellorum* ed uno *dispositionum*, i capi di questi dicasteri dicevansi: *magistri scriniorum memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum.* Di siffatta classe degli *spectabiles* erano pure il capo della Cancelleria imperiale (*primicerius notariorum*

consistorii principis), i *comites rei militaris*, che erano sottoposti immediati dei *magistri militum*; i *duces*, sottoposti dei *comites*; i *proconsules* di Asia, di Acaja e di Affrica, governatori di quelle provincie e giudici nelle medesime: i *vicarii* capi delle diverse diocesi; il prefetto *augustalis di Egitto* ed il *comes Orientis*; o prefetto della diocesi d'Oriente, governatori questi due ultimi, che nel nome si distinguevano dagli altri; finalmente i *castrenses sacri palatii*.

C) Nella classe dei *clarissimi* erano i *consulares*, i *correctores* ed i *præsides*, nomi diversi delle persone che governavano le diverse provincie, i quali appunto in certe provincie avevano il titolo di *consolari*, in altre si chiamavano *presidi*, ed in alcune poche *correttori*. *Clarissimi* erano anco i senatori, anzi avevano il primo posto fra questi. Senatori erano i più ricchi possidenti dell'Italia e delle provincie; a proprie spese, insieme coi consoli, (i quali avevano il titolo di *excellentissimi*) dovevano dare delle feste e degli spettacoli al pubblico. I figli dei senatori erano tali di diritto; senatori divenivano i *consulares*, gli *spectabiles* e gli *illustres*.

D) *Perfectissimi* si chiamavano i pubblici ufficiali subalterni. Alcuni presidi di provincie meno importanti ebbero questo titolo, come i *præsides, Arabiæ et Isauriæ*, il *præses Dalmatiæ*; il *præfectus vigilum*, il *præfectus annonæ* ec. lo rivestirono anche essi.

E) Ultimi di tutti vengono gli *egregii*; era questo l'infimo gradino della gerarchia.

§ 163. Il *consistorium principis*, già istituito da Augusto, ha in questo periodo grande importanza. Riveste il doppio carattere di Consulta o Consiglio di Stato, e di Corte giudiciaria; per causa di quest'ultima funzione, ha pure il nome di *auditorium principis*. Si compone dei primi impiegati dello Stato, di consiglieri chiamati *comites consistoriani*, e di notari facenti funzione di cancellieri, sotto la direzione del loro *primicerius*. Ma anderemmo troppo in lungo, ove ci volessimo diffondere a dare più estese notizie su tutti i pubblici ufficiali, sia *civili*, sia *militari*, sia *di palazzo*, che esistevano in questa epoca. Laonde rimanderemo chi fosse vago di questa erudizione alla *Notitia dignitatum et administrationum omnium, tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis* (specie di almanacco imperiale del secolo V, di autore sconosciuto, e che fu commentato dal

Pancirolo) ed alle opere di GUTHERIUS, *De Officio Domus Augustæ*, e di LYDUS, *De Magistratibus*.

§ 164. Divenuto il Cristianesimo la religione dello Stato, il clero ebbe parte nell'amministrazione della giustizia. Costantino, edificato del modo laudabile col quale i vescovi esercitavano lo ufficio di arbitri tra i fedeli, diede loro una giurisdizione vera e propria. Volle che dalle loro sentenze definitive non fosse appello nè ricorso; che venissero eseguite dalle autorità temporali; che ogni persona implicata in una lite, in qualunque momento della procedura potesse convolare al tribunale ecclesiastico, anche senza bisogno di compromesso con la parte avversa. Queste disposizioni furono revocate dai successivi imperatori; ma Arcadio ed Onorio ordinarono che i vescovi nella loro *audientia episcopalis*, avessero facoltà di giudicare nelle cose civili, quando dalle parti litiganti, mediante un compromesso, venisse accettata la loro giurisdizione; che avessero sempre competenza a decidere *de religione*, ossia sopra i trascorsi religiosi, e sui negozi giuridici, non che sui delitti degli ecclesiastici.

§ 165. Poche parole adesso sull'

Amministrazione dell' impero.

Da Costantino in poi, Roma e Costantinopoli sono le due metropoli che si reggono con uguali ordinamenti. Ambedue a capo del governo hanno un prefetto della città; la polizia subalterna è in mano del *præfectus vigilum*, che giudica delle trasgressioni relative alla medesima. Tutti i provvedimenti relativi al trasporto ed al buon mercato dei commestibili spettano al *præfectus annonæ*, sotto la direzione del prefetto della città. Le provincie sono obbligate a pagare una contribuzione in cereali, per sopperire ai bisogni delle due città (*canon frumentarius*). Roma traeva il suo canone dall'Affrica, Costantinopoli dall'Egitto; un prefetto in Cartagine ed un altro in Alessandria sorvegliavano la puntualità dell'esazione e delle spedizioni. L'Italia sul termine del periodo antecedente, aveva perduto quasi tutti i suoi privilegi, ed era amministrata alla pari delle altre provincie; sottoposta come esse al pagamento delle imposizioni prediali, l'*jus italicum* rimaneva una finzione legale, con la quale si esoneravano da queste alcune città. Il dominio romano o quiritario, non era più un privilegio del suolo italico; Giustiniano lo estese a tutte le provincie dell'im-

pero. Il regime municipale fu applicato a tutte le città. In ognuna era un consiglio comunale (*ordo decurionum* o *curia*), presieduto da due magistrati detti *duumviri*. La dignità di membri della curia (*decuriones* o *curiales*) fu sfuggita, perchè portava spese ingenti e grave responsabilità. Erano infatti i decurioni responsabili del pagamento delle imposizioni, e dovevano fare a loro spese feste pubbliche, e ricchi regali all'imperatore ed ai suoi ufficiali; per sicurtà della loro solventezza, era loro impedito di alienare i propri beni immobili; quando morivano senza eredi, la Curia succedeva nella loro eredità. È probabile che ai tempi di Giustiniano i decurioni non avessero più giurisdizione contenziosa, ma soltanto volontaria, e che la *contenziosa* fosse passata negli impiegati imperiali; almeno nei libri Giustinianei non si fa menzione di questa ultima, come propria di loro. L'amministrazione dei beni appartenenti al Comune spettava al *pater* o *curator civitatis*, che rivestiva la più onorifica fra le altre dignità municipali. Eletto da prima dall'imperatore, dopo Giustiniano lo fu dal vescovo insieme coi possidenti più doviziosi e coi maggiorenti. La costituzione civica fu nel quarto secolo arricchita di un altro impiego, quello dei *defensores civitatum* o *plebis*. Costoro dovevano proteggere i loro concittadini dalle concussioni dei governatori, e degli esattori delle imposizioni. Erano scelti fra gli abitanti del municipio, senza bisogno che fossero decurioni; erano confermati dall'imperatore o dal prefetto del pretorio; duravano in officio, prima 5, più tardi 2 anni. Ebbero competenze criminali limitate, e giurisdizione civile per gli affari di un merito non superiore ai 300 scudi di oro. Ancora si riscontra in questa epoca un simulacro di ordinamento provinciale; i *notabili* di una provincia, ed anche di una diocesi, hanno il diritto di adunarsi (*concilia*) per discutere sui bisogni del paese, e farli conoscere all'imperatore, ottenuto per altro il permesso del prefetto del pretorio.

CAPITOLO II.

FONTI DEL DIRITTO.

A) *Avanti il VI secolo.*

a) *Diritto Antico.*

§ 166. Lo scadimento del diritto Romano comincia a manifestarsi in maniera palese con l'opera legislativa degli imperatori,

che ressero le diverse parti dell'impero: giunge al suo colmo quando il diritto viene rinchiuso in compilazioni officiali, rivestite del carattere di legge. Dopo Costantino, gli imperatori regolavano a loro senno la legislazione, ma per qualche tempo ancora ne rispettarono i fondamenti; e se ne occuparono principalmente per facilitarne l'applicazione ai bisogni della pratica. La vera riforma radicale della medesima, nell'Occidente fu opera dei re barbari, nell'Oriente di Teodosio II e di Giustiniano.

§ 167. Prima di questa sostanziale riforma, e così al principiare del V secolo, le fonti del diritto erano:

1. *In teoria,* gli antichi decreti del popolo, i senatusconsulti, gli editti dei magistrati, le costituzioni degli imperatori: la legge delle XII Tavole era tuttavia la base della legislazione; il rimanente si considerava come aggiunta o modificazione di quella legge.

2. *In pratica,* le opere dei giureconsulti classici, e le costituzioni dei principi.

§ 168. Le antiche fonti del diritto, cioè la legge decemvirale, gli editti, i plebisciti, i senatusconsulti ec. erano sempre in realtà la legislazione che regolava i civili negozi; ma pel decadimento degli studi giuridici, non si sapeva applicarla convenientemente; attalchè i pratici si valevano degli scritti dei giureconsulti classici sulla legislazione stessa, e delle relative costituzioni dei principi; incapaci di attingere alle vive fonti del diritto, ricorrevano a raccoglierle di seconda mano dagli interpreti delle medesime. In questo vergognoso sistema, i giudici ed i causidici si trovavano di fronte a molte difficoltà. E valga il vero: i giureconsulti classici avevano composto sul diritto opere stupende; avevano spiegato, commentato, conciliato le fonti del diritto, sceverato il diritto vigente da quello divenuto lettera morta; ma pur troppo spesso non erano stati concordi nelle loro interpretazioni, nei loro commenti, nelle loro conciliazioni; e nei casi non infrequenti di divergenza fra le loro opinioni, per l'ignoranza dei veri principii giuridici, divenuta generale in quest'epoca, non si sapeva a quale opinione appigliarsi. Aggiungasi che rari e costosi erano i manoscritti contenenti le opere dei giureconsulti più famigerati; difficile era dunque possederli per consultarli e confrontarli. A superare questi ostacoli, fu pensato di comporre delle raccolte di opinioni dei giureconsulti classici sulle parti più im-

portanti della legislazione. Lavori di questo genere giunti, sebbene incompleti, fino ai nostri tempi, sono i seguenti:

a) Dei frammenti di una collezione di passi importanti, tratti dalle opere di giureconsulti di gran nome, come Papiniano, Ulpiano, Paolo, Celso, Giuliano, Pomponio ec., e da costituzioni imperiali. Abbiamo 7 titoli soltanto di questa compilazione, i quali furono trovati nella biblioteca Vaticana dal celebre cardinale Angelo Mai, e pubblicati per la prima volta da lui in Roma nel 1823, sotto il titolo di *Juris Civilis antejustinianei reliquiæ ineditæ*, e ristampati poi a Parigi (1823), ed a Berlino (1824) sotto il titolo di *Vaticana juris fragmenta*, col quale sono più comunemente oggi conosciuti.

b) Un' opera divisa in 16 titoli, chiamata comunemente *Lex Dei, seu Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*, ma che nei manoscritti porta il titolo di *Lex Dei, quam Deus præcepit ad Moysen.* Essa è un confronto delle leggi Mosaiche con le Romane, scritto alla fine del IV, o al principio del V secolo. L'autore sconosciuto di quest' opera, trattando i diversi argomenti, riferisce da prima il disposto del diritto Mosaico, poi espone le opinioni dei giureconsulti romani, e le costituzioni imperiali sulla materia, per mostrare l' accordo fra i due diritti, e così per accreditare sempre più il diritto Romano. Pithou, celebre scolare del Cujacio, pubblicò il primo questo libro (nel 1573), ma non è stato più trovato il manoscritto dal quale l' aveva tratto; in seguito ne furono rinvenuti due altri manoscritti, l' uno a Vercelli dal Bluhme, l' altro a Vienna dal Lancizolle. Bluhme pubblicò una bella edizione di questo libro a Vienna nel 1828, ed una seconda edizione a Bonn, nel 1838.

c) Una raccolta di *Responsa* di un autore ignoto, che viveva probabilmente al principio del sesto secolo. L' autore risolvendo molte questioni giuridiche, cita letteralmente alcuni frammenti delle *Sententiæ* di Paolo, e di altri giureconsulti, e riferisce altresì alcune costituzioni. Si suole denominare questo libro col titolo, che gli diede il Cujacio, di *Consultatio veteris jurisconsulti;* il Cujacio lo pubblicò per la prima volta nel 1577 sopra un manoscritto, che andò smarrito. È stato ristampato a Bonn nel *Corp. jur. Civ. antejust.*

Ma queste compilazioni delle diverse opinioni dei giureconsulti sopra punti litigiosi, questi *dottrinali* insomma, come oggi

li chiamerebbero i nostri pratici, non conciliavano le opinioni diverse; e rimaneva sempre la grande difficoltà di scegliere fra esse.

§ 169. Fu allora, che gli imperatori reputarono ben fatto di regolare con disposizioni legislative l'uso che si doveva fare delle opere dei giureconsulti classici, e di fissare l'autorità che si doveva attribuire alle loro opinioni. Di già Costantino aveva pubblicato due costituzioni, con l'una delle quali (dell'anno 321) tolse ogni valore alle note, che Paolo ed Ulpiano avevano fatto a Papiniano, in cui spesso confutandolo, avevano aumentato le ambagi dei causidici e dei decidenti; e con l'altra (dell'anno 327), volendo mostrare il suo rispetto per tutti gli altri lavori di Paolo e specialmente per le sue *Sententiæ*, che nell'Occidente godevano di credito graditissimo, espressamente confermò l'autorità di tutte le opere di lui, all'infuori di quella contemplata dalla sua costituzione antecedente.

§ 170. Il passo più importante in questa falsa e vergognosa strada, per la quale gli imperatori avevano incamminato i pratici, fu fatto per opera di una costituzione di Teodosio II e di Valentiniano III, la quale comunemente chiamasi *Legge delle citazioni* o *Legge citatoria*. Era invalso assai prima di questa costituzione l'uso di limitarsi a studiare e citare un certo numero di libri, che pel contenuto e per la forma meglio si addicevano alle condizioni dei tempi, e specialmente quei libri che servendo all'insegnamento nelle scuole si trovavano per le mani di tutti. E nelle scuole pubbliche, gli studi si cominciavano con le Istituzioni di Gajo, poi si facevano percorrere agli alunni i commentari di Ulpiano e di Paolo all'Editto; in seguito i *Responsa* e le *Quæstiones* di Paolo; finalmente gli scritti di Papiniano, che era reputato il principe dei giureconsulti, venivano studiati insieme con quelli di Modestino, l'ultimo e così il più recente dei giureconsulti classici. Le opere di questi cinque scrittori erano dunque quelle più familiari, quelle che si trovavano nelle librerie di tutti, e quelle avute in maggior conto. La citata costituzione di Teodosio II e di Valentiniano III, seguitando l'opinione pubblica, e rincarando sulla medesima, ordinò che quando occorressero questioni giuridiche trattate da questi cinque giureconsulti (Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gajo), i giudici si conformassero alla risoluzione che costoro ne davano, trascurando quella di qualunque altro giureconsulto; che se quei cinque non fossero stati unanimi nel risol-

vere la questione, si contasse il numero dei voti, e si seguitasse l'opinione della maggiorità; che in caso di parità di voti contrari, dovesse prevalere quell'opinione per la quale stava Papiniano (la cui autorità doveva cedere soltanto a quella contraria di due, fra i cinque giureconsulti surricordati); che se finalmente Papiniano non avesse trattato la questione, e gli altri quattro giureconsulti fossero stati divisi, due per una parte, due per l'altra, il giudice potesse seguitare l'opinione che in sua coscienza reputava migliore. Con la istituzione di questa specie di tribunale di morti, presieduto per così dire da Papiniano, fatto unico nella storia del diritto, non si venne già a vietare ai causidici ed ai giudici di consultare le opere di altri giureconsulti diversi da questi cinque, nè di valersi delle loro dottrine, e di seguitare quelle teoriche che il maggior numero professava, quando quelle teoriche e quelle dottrine fossero relative a questioni che i cinque prescelti non trattavano. Soltanto era inibito di dare autorità alle dottrine dei giureconsulti privi dell'*jus respondendi;* e di contare i voti di quelli aventi quel diritto, nelle questioni trattate da Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gajo. E siccome Gajo durante la sua vita, non aveva goduto dell'*jus respondendi* la costituzione di Teodosio II e di Valentiniano III, tante volte citata, accordò autorità ai suoi scritti con separata e particolare menzione. Questa costituzione conferisce autorità uguale a quella conceduta all'opere di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gajo, anche alle opere dei giureconsulti che erano adottate e spiegate da questi cinque; ma non potevano essere citate che sopra manoscritti approvati.

§ 171. Oltrechè agli scritti dei giureconsulti classici, fu detto poc'anzi che si ricorreva alle costituzioni degli imperatori. Queste venivano allegate per i casi analoghi a quelli in esse contemplati, e venivano considerate quasi fossero leggi generali, quando gli imperatori avevano dichiarato che tale era il loro intendimento; in mancanza di siffatta espressa dichiarazione non potevano valere come una *lex generalis.* Se poi la costituzione aveva il nome di editto (*inserto edicti vocabulo*), si considerava per questo solo qual legge generale. Laonde adesso non era più rimesso all'arbitrio dei giudici il decidere se una data costituzione avesse da considerarsi qual *lex generalis,* o piuttosto come una delle *constitutiones personales.*

§ 172. L'uso di queste Costituzioni imperiali era reso difficile dal loro numero, dalla rarità delle copie di esse, e dalla mancanza di una raccolta delle medesime. Ai tempi di Marco Aurelio fu tanto sentita tal difficoltà, che *Papirio Giusto* fece una collezione dei rescritti di quell' imperatore; e le Pandette contengono diversi passi di un' opera di Paolo, che sembra fosse una collezione dei decreti imperiali. Ma lavori di questo genere, e più comprensivi, furono fatti da Gregorio ed Ermogene, giureconsulti che vissero alla fine del regno di Diocleziano, od al principio di quello di Costantino. Questi lavori furono chiamati *Codici;* essi contenevano dei rescritti degli imperatori che precederono Costantino, ma a frammenti, che nel codice Gregoriano erano distribuiti in un certo numero, a noi ignoto, di libri e titoli, con l' ordine dell'Editto perpetuo; e nel codice Ermogeniano, in un certo numero di titoli e rubriche. Del resto, poche notizie abbiamo su questi due codici: quello che ci rimane dei medesimi, è l'estratto brevissimo che ne occorre nel *Breviarium Alaricianum,* e li troviamo talora citati nei frammenti Vaticani, nella *Collatio Mosaicarum et Romanarum legum*, e nella *Consultatio veteris jurisconsulti.* Ma possediamo molte delle costituzioni che racchiudevano, le quali stanno riferite nel codice Giustinianeo. Comunemente il codice Gregoriano è citato prima dell' Ermogeniano, e pare il più antico; anzi si vuole che l' Ermogeniano fosse del Gregoriano un supplemento od una aggiunta. Ambedue questi codici ebbero molto credito ed uso; venivano annoverati fra le fonti principali del diritto, sia in Oriente, sia in Occidente, sebbene non sappiamo che fossero rivestiti di carattere officiale.

b) Diritto Nuovo.

§ 173. Dopo avere trattato di quella parte del diritto, che era tradizione del passato, e che chiamavasi *diritto Antico,* dobbiamo ora dire delle costituzioni imperiali da Costantino in poi, le quali compongono la nuova legislazione, il *diritto Nuovo.*

§ 174. L' imperatore Teodosio II concepì il disegno di riunire quelle leggi imperiali insieme con le proprie in un solo corpo, e di dare a questa raccolta un carattere officiale. Per colorire questo disegno, creò una commissione (nell' anno 429) composta di nove membri, dei quali otto erano ufficiali pubblici, ed uno av-

vocato, incaricandola di raccogliere quelle Costituzioni imperiali aventi forza di legge generale, emanate da Costantino fino ai suoi tempi, di ordinarle per ragione di materia in libri ed in titoli, riportando di esse soltanto le parole che racchiudevano dei principii giuridici. Questa commissione non eseguì il mandato ricevuto, laonde nell'anno 435 ne fu nominata un'altra (composta di sedici membri, parte *illustres*, parte *spectabiles*, presieduta da Antioco *ex console* e *ex prefetto* del pretorio), che condusse a termine l'opera affidatale in circa tre anni. Nel febbraio del 438 fu pubblicato il suo lavoro, sotto il titolo di Codice Teodosiano, con la dichiarazione che dovesse aver forza di legge soltanto dal 1° gennaio 439. Teodosio ordinò che questo suo codice dovesse, da quest'epoca in poi, essere considerato come la sola fonte del diritto imperiale in Oriente; e Valentiniano III nel medesimo anno (438) gli diede forza legislativa nell'Occidente.

§ 175. Il Codice Teodosiano è diviso in XVI libri, ed in ogni libro le leggi sono disposte per ordine cronologico. Nei primi V libri è seguito l'ordinamento dell'Editto; dal sesto libro fino all'ottavo occorrono disposizioni del diritto amministrativo e costituzionale; il libro nono è relativo al diritto penale; il decimo e l'undecimo riguardano le finanze e la procedura; i seguenti fino al sedicesimo l'amministrazione delle città e dei corpi morali; il sedicesimo concerne la religione. Al principiare del secolo nostro si conoscevano i primi V libri e mezzo del Codice Teodosiano unicamente per l'estratto che dei medesimi riscontrasi nella legge Romana dei Visigoti; da metà del sesto fino al sedicesimo per manoscritti genuini più o meno completi, adoperati dal Tilius (Du Tillet) e dal Cujacio. Fu questo il Codice Teodosiano sul quale il Gotofredo scrisse un eccellente commentario in VI volumi in fol. (1665) aumentato e corretto dal Ritter professore a Wittemberg. Ma nel 1817, il Peyron scoprì nel Museo Reale di Torino in un palinsesto novantanove Costituzioni non alterate, che appartengono ai primi sei libri, e le pubblicò a Torino nel 1824. Nello stesso anno Clossius pubblicò altre costituzioni parimente non alterate, che egli trovò nella biblioteca Ambrosiana di Milano, le quali si riferiscono alla pubblicazione del Codice, od appartengono al I libro. L'Haenel fece una magnifica edizione del Codice Teodosiano, per queste scoperte così migliorato, destinata al *Corpus juris Civilis antejust.* di Bonn; essa è superiore per critica

e comprensione a tutte le altre; non escluse quelle del Puggo (Bonn, 1825), e del Wenck (Lipsia, 1825).

§ 176. Il codice Teodosiano era inteso a stabilire l'unità nella legislazione, ma come avviene di qualunque codice, lungi dall'arrestare l'attività legislativa, l'eccitò; ed un gran numero di nuove costituzioni per schiarire, completare, migliorare il codice, furono promulgate dagli imperatori di Oriente e di Occidente. Essi, giusta l'accordo fra loro fatto, se le spedivano a vicenda perchè l'uno elevasse presso i propri popoli quelle dell'altro al grado di legge, il che non fu fatto prontamente, nè sempre in Oriente. Queste *Novæ constitutiones* furono dette anche *Novellæ*. Ne abbiamo 35 di Teodosio II, 84 di Valentiniano III, 4 di Marciano, 8 di Majorano, 2 di Severo, 3 di Antemio. È probabile che altre più ne esistessero, a noi sconosciute: alcune se ne trovarono nelle raccolte di leggi ecclesiastiche; Giustiniano nel suo codice ci somministra degli estratti di queste Novelle, ma è notevole che quegli estratti, lo sono di Novelle appartenenti tutte agli imperatori di Oriente. Le Novelle sono divise in titoli e rubriche; nel *Breviarium* ne esiste una collezione, ma ne abbiamo dei manoscritti genuini più completi. La migliore edizione che di queste Novelle sia stata fatta, è quella dell'Haenel pel *Corpus juris. Civ. antejust.* che si pubblica a Bonn.

B) *Fonti del diritto nel VI secolo.*

Il diritto Romano nelle provincie sottoposte ai barbari.

§ 177. I barbari conquistando le provincie occidentali dell'impero, non toglievano agli abitanti di quelle la loro legislazione; non essendo intesi a fondersi coi vinti, non volevano uniformità di leggi. I re barbari fecero redigere delle leggi pei loro seguaci (*leges barbarorum*), ma non obbligatorie per i popoli conquistati, ai quali era lasciato il diritto Romano. Di qui ebbe origine quel singolare sistema di *diritto Personale*, pel quale nel medesimo Stato vedevansi applicate più legislazioni a seconda della nazione cui appartenevano i sudditi. Tuttavolta alcuni di quei re barbari fecero redigere delle *leges Romanæ*, cioè leggi compilate con elementi di diritto Romano pei loro sudditi romani. Alcune di queste compilazioni che noi possediamo, meritano una

speciale menzione, come l'*Edictum Theodorici*, la *lex Romana Visigothorum* e la *lex Romana Burgundionum*.

1° L'*Edictum Theodorici*, l'editto di Teodorico non fu, a vero dire, una legge destinata pei soli sudditi romani; essa era destinata a reggere questi, ed insieme gli Ostrogoti; imperocchè Teodorico, che si considerava quasi come un rappresentante degli imperatori (col consenso dei quali aveva invaso l'Italia, e dai quali era stato riconosciuto il suo acquisto) credè bene di fare una sola legge attinta alle fonti del diritto Romano, ed obbligatoria e pei suoi seguaci e per gli Italiani. Quest'editto, che pare di poco posteriore al 500, fu composto di 154 capitoli; i quali contengono frammenti presi dalle *Receptæ Sententiæ* di Paolo, dai codici Gregoriano, Ermogeniano, Teodosiano e dalle Novelle posteriori a Teodosio. Il diritto Romano è in questo lavoro legislativo molto alterato e nella forma e nella sostanza, attalchè non è sempre facilmente riconoscibile.

2° Il *Breviarium Alaricianum*, è la *lex Romana* dei Visigoti, fatta compilare da Alarico II, per governare quei Romani che abitavano una parte delle Gallie e della Spagna. Gojarico, *comes palatii*, insieme ad una commissione di giureconsulti da lui presieduta, compose quest'opera, e poi la sottopose ad un comitato di *notabili*, vescovi e laici in posti eminenti, affinchè la discutessero e la approvassero. Una ordinanza (*commonitorium*) del re Alarico II, che si trova in fronte all'opera, contiene la storia della sua compilazione. Nessuno esemplare di questo *Breviarium* poteva avere forza di legge, se non era munito della firma di Aniano referendario particolare di Alarico, e per questo da taluno fu chiamato *Breviarium Aniani*. Ma Aniano nella sua sottoscrizione lo denomina *Codex de Theodosiani legibus, atque sententiis juris, vel diversis libris electum*. Il Breviario di Alarico contiene:

a) Un estratto del codice Teodosiano in XVI libri.

b) Le Novelle degli imperatori Teodosio II, e suoi successori.

c) Le Istituzioni di Gajo mutilate e ridotte a due libri, nuovamente distese in un latino barbaro, quale era quello che si parlava allora nelle Gallie. Oggi dal volgo queste si chiamano brevemente *Gajo Visigoto* in contrapposto al Gajo genuino scoperto a Verona.

d) Cinque libri delle *Receptæ Sententiæ* di Paolo, ugualmente mutilate ma non alterate nella redazione.

e) Un estratto in 13 titoli del codice Gregoriano ed in 12 titoli dell' Ermogeniano.

f) Un piccolo frammento che si crede essere estratto dal libro I *Responsorum* di Papiniano. Tutte le parti di questa compilazione, all' infuori delle Istituzioni di Gajo, sono arricchite di una *Interpretatio*, specie di commentario scritto dagli stessi compilatori in latino barbaro, e che nel medio evo fu copiato talora senza il testo. Il Breviario ci fu trasmesso in molti manoscritti più o meno completi, alcuni dei quali contengono materie estranee al medesimo.

3° La *lex Romana Burgundionum*, è la legge per i sudditi romani della Borgogna, ordinata dal re Sigismondo nel 517. Questa compilazione è fatta per la massima parte sulle vere e legittime fonti del diritto Romano; contiene 47 titoli i quali accolgono frammenti generalmente inalterati e genuini; e perciò cotal raccolta è stimata più delle altre di consimile genere. Questa *lex Romana* è stata chiamata lungamente, e da taluno è chiamata tuttora con l' improprio titolo di *Papiani liber Responsorum* o *Responsa Papiani,* nome attribuitole per errore dal Cujacio. Egli aveva un *Breviarium Alaricianum* completo, il quale per conseguenza terminava con un piccolo frammento di *Papiniano,* il cui nome per abbreviatura o per sbaglio era scritto *Papiano;* in seguito a questo frammento, e senza indicazione alcuna che cominciasse un' altra opera, stava la *lex Romana Burgundionum :* il Cujacio pensò che quel frammento e questa *lex* fossero un' opera sola di un giureconsulto Papiano (che taluno pretese essere vissuto nel VI secolo), e la pubblicò nel 1556 col titolo erroneo sopra indicato. Ben presto riconobbe il suo errore, e lo corresse in una nuova edizione (del 1586), ma il nome sbagliato rimase.

CAPITOLO III.

STATO DELLA GIURISPRUDENZA.

§ 178. Nel V secolo, come abbiamo già fatto presentire, la scienza versava in grande decadimento. Da Alessandro Severo fino a Giustiniano, appena quattro giureconsulti celebri troviamo ricordati, Carisio, Giulio Aquila, Gregorio ed Ermogene, ed ancora i due primi non è ben certo se appartengano a questa epoca. Non deve far meraviglia se nella decadenza delle arti e

delle scienze tutte, anche quella del diritto andasse in basso, tanto più che gli studi teologici assorbivano allora tutte le menti: d'altronde la sapienza giuridica era salita tanto in alto nel periodo antecedente, che in questo essa doveva, seguendo l'ordine di tutte cose mondane, rimanere stazionaria per qualche tempo, e poi andar giù.

§ 179. Nondimeno difetto di scuole di diritto non ebbe a lamentarsi: per lo contrario ne furono fondate molte in diversi luoghi dell'impero, come a Roma, a Costantinopoli, ad Alessandria, a Cesarea, e perfino a Berito nella Siria. Pare che in ogni scuola fossero quattro *antecessores* o precettori, i quali avevano il titolo di *clarissimi* e di *illustres,* e che dall'insegnamento passavano come *comites consistorii* al Consiglio di Stato. Sembra che gli alunni dovessero frequentare quali uditori per tre anni la scuola; che l'anno scolastico fosse diviso in due parti, e che in ognuna di queste si spiegasse un' opera, e così due opere (*volumina*) ogni anno. Nel primo anno gli alunni che si chiamavano allora *dupondii,* studiavano le istituzioni di Gajo e *IV libri singulares* sulla dote, sulla tutela, sui testamenti e sui legati. Nel secondo anno studiavano l'Editto nei suoi commentatori, e però dicevansi *edictales.* Nel terzo anno chiamavansi *papinianisti,* perchè specialmente allo studio delle opere di Papiniano si dedicavano. I due anni successivi fino al compimento del quinquennio, pare fossero impiegati in studi più vicini alla pratica; infatti durante il quarto anno gli alunni (che allora chiamavansi *lytæ*) si esercitavano da per sè, con l'aiuto degli scritti di Paolo, all'interpretazione delle opere dei giureconsulti (*per semetipsos recitabant*); e nell'ultimo anno, in cui erano appellati *prolytæ,* si occupavano delle costituzioni.

§ 180. Ma sebbene queste scuole fondate per la massima parte dal governo, da esso regolate con speciali ordinamenti relativi agli studi ed alla disciplina, possano far supporre una certa attività nella scienza giuridica, ciò non pertanto la verità è che quell'attività mancava. Si studiava e si cercava di mandare alla memoria quel patrimonio di cognizioni che era eredità del passato movimento scientifico, ma non si cercava di crescerlo nè di perfezionarlo. I lavori di compilazione che furono fatti in questo tempo, quella vergognosa legge delle citazioni, di cui parlammo poco sopra, e perfino i lamenti di Teodosio II nella ordinanza con la quale promulgava il suo codice, lo attestano in modo irrecusabile.

CAPITOLO IV.

LEGISLAZIONE DI GIUSTINIANO.

§ 181. Allorquando Giustiniano ascese al trono, gli scritti dei giureconsulti autorizzati valevano come fonte di diritto; era stato stabilito il modo di servirsene, e fissato il valore da accordarsi ai medesimi. Ma questi scritti che componevano l'*jus,* giacevano in migliaia di volumi rari e costosi. I tre codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, erano senza meno di grande sussidio per conoscere e studiare l'altra fonte precipua del diritto, le *leges;* ma perfino il codice Teodosiano, sebbene fosse il più recente, non bastava al bisogno: infatti conteneva soltanto le costituzioni di uno spazio di tempo assai ristretto; e quel che è peggio, quasi cento anni erano di già trascorsi dal giorno della sua compilazione. In questi cento anni molte nuove costituzioni erano state emanate, e di più, notevolmente si erano mutate le condizioni dei popoli, che quella legislazione era intesa a governare; onde è che il diritto scritto non concordava più con la pratica, nè la scienza era in tale stato da ravvicinare l'uno ai bisogni dell' altra. Giustiniano, che, secondo l' opinione oggi più accreditata, aveva nella sua gioventù studiato diritto, che nella sua corte aveva Triboniano, giureconsulto valente e desideroso di riforme legislative, parte mosso da istintivo desiderio pel riordinamento giuridico, parte eccitato dai consigli di Triboniano, e dall'ambizione d'imitare Teodosio II, concepì il vasto disegno di riunire in una collezione tutto l'*jus,* ed in un'altra tutte le *leges,* e così di conservare, ordinare e rendere più facilmente accessibili a tutti le due fonti del diritto.

(*Il Codice*).

§ 182. E prima volle che si ponesse mano alla raccolta delle *leges,* avvegnachè questa fosse la parte più facile del lavoro, ed insieme più importante, massime pei magistrati. Quindi il primo anno del suo regno (528) nominò una commissione, presieduta da Giovanni ex-questore del sacro palazzo, e della quale erano membri Triboniano, e Teofilo professore di diritto a Costantino-

poli, incaricandola di raccogliere le costituzioni imperiali aventi una forza legislativa generale, contenute nei codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, come pure le novelle post-Teodosiane; e le diede facoltà di ordinarle, di conciliarle, di sceverarne le parti antiquate, di riunire più di queste costituzioni in una sola, quantunque volta lo avesse richiesto la chiarezza e la concisione, e finalmente di fare nelle medesime quei cambiamenti che fossero reputati necessari. La commissione portò a compimento il suo lavoro in quattordici mesi; ed il medesimo sotto il nome di *Codex Justinianeus,* diviso in XII libri, che contenevano le costituzioni sopra indicate, disposte per ordine cronologico, fu approvato e solennemente promulgato il 7 aprile 529, con la dichiarazione che avrebbe avuto forza di legge il 16 di quel mese, e che da quel giorno tutte le altre *leges* avessero a ritenersi per abolite.

(50 *Decisioni*).

§ 183. Compiuto questo primo lavoro, si pose mente al secondo; ma prima di imprenderlo, si vollero remossi alcuni ostacoli imponenti che si prevedeva si sarebbero incontrati nell'eseguirlo. Raccogliere nelle opere dei giureconsulti autorizzati i frammenti più importanti, richiedeva norme direttive pei collettori, altrimenti essi sarebbero rimasti perplessi a quale opinione appigliarsi di fronte alla differente risoluzione data dai giureconsulti autorizzati alle medesime questioni; ed i compilatori avrebbero versato nell'incertezza quali, fra le istituzioni giuridiche da quelli scrittori esornate, avessero da reputarsi antiquate. Per togliere queste dubbiezze Giustiniano, sulla proposta di Triboniano, emise successivamente in due anni (529, 530) 50 costituzioni preliminari alla nuova opera già divisata, le quali *Quinquaginta Decisiones* furono considerate come una collezione separata.

(*Pandette*).

§ 184. Dopo avere per cotal modo spianata la via alla gigantesca impresa, Giustiniano nel 15 dicembre dell'anno 530 incaricò Triboniano allora divenuto *quæstor sacri palatii,* ed una commissione di sedici giureconsulti (fra i quali cinque ufficiali superiori, o professori di leggi, ed undici avvocati alla corte giudiziaria del

præfectus prætorio) sotto la di lui direzione, di fare degli estratti delle opere composte dai giureconsulti più famosi, senza aver riguardo alla scuola cui avessero appartenuto, alla loro autorità tradizionale nell'insegnamento o nel fòro, al valore accordato ai loro scritti da leggi anteriori; purchè appartenessero tutti alla categoria dei giureconsulti *juris auctores*, e di raccogliere quelli estratti in una collezione. La commissione doveva scegliere per i suoi estratti quei lavori che avesse reputato più idonei a comporre un corpo di dottrina giuridica, spendibile nella pratica. Le era imposto di riunire in ordine sistematico il diritto vigente, tralasciando quello antiquato; doveva evitare le ripetizioni, remuovere le *antinomìe* ossia le contradizioni, correggere le opinioni erronee abbenchè seguitate da molti o dai più, ed evitare di riferire nuovamente le costituzioni inserite nel Codice. In esecuzione di questo mandato assai largo, la commissione scelse 2000 trattati composti da 39 o 40 giureconsulti (i nomi dei quali furono pubblicati col titolo dei loro scritti in un indice, che nel manoscritto fiorentino è in fronte all'opera); ne fece una compilazione, riducendo, e se ne vantò, 3,000,000 di linee a 150,000. Sebbene in generale fossero trascritti letteralmente i passi delle opere poste a contribuzione, valendosi delle ampie facoltà accordatele da Giustiniano, la commissione attribuì a qualche antico giureconsulto dei testi che essa stessa aveva fabbricato, ed altri ne alterò modificandoli. Cotali alterazioni vengono designate col titolo di *Emblemata Triboniani*. Questo immenso lavoro, a compiere il quale la commissione poteva impiegare 10 anni di tempo, fu da essa terminato in 3 anni. Ed il 16 dicembre 533 fu pubblicato (con la dichiarazione che avrebbe avuto forza di legge il 30 del mese stesso) sotto il titolo di *Digesta* o *Pandectæ; Digesta* da *digerere in partes*, dividere in parti e ordinare; *Pandectæ* voce derivante dal greco, e che nel suo significato etimologico esprime *raccolta completa che contiene tutto*. L'opera fu divisa in L libri, e i libri suddivisi in titoli (all'infuori dei libri XXX, XXXI, XXXII che non hanno suddivisione di titoli); i titoli sono suddivisi in frammenti o leggi, che hanno l'indicazione del nome del giureconsulto e del nome dell'opera cui appartengono. Questi L libri sono poi raggruppati in *sette parti*, delle quali la prima contiene i primi V libri, la seconda i VII seguenti, la terza dal libro XIII al XIX, la quarta dal XX al XXVII, la quinta dal XXVIII al XXXVI, la sesta

dal XXXVII al XLIV, la settima dal XLV al L. Le materie in generale sono classate secondo l'ordine adottato da Salvio Giuliano nell'Editto. Il Bluhme ha osservato che in ogni titolo di ordinario si riscontrano tre distinte serie di estratti; la prima serie contiene estratti dei commentari sopra Sabino, la seconda serie estratti dei commentari sull'editto, la terza estratti delle opere di Papiniano, e di alcune monografie sopra istituzioni giuridiche recenti. Qualche volta l'ordine di queste serie è invertito o mutato, ma esse sono sempre bene distinte (vedi, HUGO nella *Themis,* t. III).

§ 185. Nel 533, mentre ferveva il lavoro intorno al Digesto, Giustiniano incaricò Triboniano, Teofilo e Doroteo, questi ultimi due professori di diritto, l'uno a Costantinopoli l'altro a Berito, di comporre un'opera elementare destinata a servire di istradamento alla gioventù negli studi giuridici. Quest'opera fu detta *Institutiones,* e fu modellata principalmente sulle Istituzioni di Gajo; ma per comporla, anche altri libri dello stesso genere e di diversi autori furono consultati; vi furono inserite tutte le variazioni, che al diritto antico avevano arrecato le costituzioni: fu divisa in IV libri, ogni libro fu suddiviso in titoli, ogni titolo in paragrafi. Le Istituzioni hanno il doppio carattere di libro didascalico, giacchè furono compilate per l'insegnamento, e di legge, perchè di forza legislativa furono rivestite. Esse furono pubblicate il 21 novembre 533, un mese avanti delle Pandette, ma divennero legge il giorno stesso delle Pandette, cioè il 30 dicembre 533.

§ 186. Con queste quattro opere fu compiuta la riforma della legislazione. All'*Jus* fu sostituito il Digesto, alle *Leges* il Codice; e le Istituzioni furono di istradamento all'uno ed all'altro. Di queste tre nuove fonti di legislazione, fu imposto lo studio nelle scuole pubbliche di diritto, che adesso erano soltanto a Costantinopoli, a Roma ed a Berito. In cinque anni dovevano compiersi gli studi giuridici. Il primo anno gli scolari, ora detti *justinianisti,* dovevano studiare le Istituzioni, e la prima delle 7 parti nelle quali erano state divise le Pandette; il secondo anno, (e si chiamavano *edictales,* come in antico) studiavano la seconda parte delle Pandette, più alcuni libri staccati dalla terza e quinta parte. Nel terzo anno gli alunni (sotto il nome di *papinianisti*) compivano lo studio della terza parte, e di porzione della quarta; nel quarto anno finivano di studiare la quarta parte, e si occupavano della

quinta. Nell'ultimo anno leggevano da sè la sesta e settima parte delle Pandette, e le costituzioni imperiali, senza bisogno di assistere alle *recitazioni ed esposizioni* dei professori.

(*Codex repetitæ prælectionis*).

§ 187. Frattanto era un lamento generale, che l'antico Codice dell'anno 529 non fosse più a livello dei progressi della legislazione; ed in vero mancavano in esso le *quinquaginta Decisiones*, delle quali parlammo poco sopra, ed in molti punti discordava dalle Pandette e dalle Istituzioni, le quali contenevano le più recenti variazioni, fatte nel diritto per opera di alcune staccate costituzioni di Giustiniano. Quindi l'imperatore credè necessario farne una nuova edizione rivista, corretta ed aumentata (*repetita prælectio*). La cura ne fu affidata a Triboniano, ed a quattro collaboratori. Questa nuova edizione fu promulgata il 16 novembre 534, fu chiamata *Codex repetitæ prælectionis*, ed ebbe forza di legge il 29 dicembre di quell'anno. Il Codice è diviso in XII libri; ogni libro in titoli; ogni titolo racchiude più costituzioni: queste, da Adriano fino a Costantino, sono per la maggior parte *Rescritti*; da Costantino a Giustiniano, sono *Editti*; ma anche quei rescritti hanno il carattere di legge generale. Tutte le costituzioni sono disposte in ordine cronologico, e sono accompagnate dal nome dell'imperatore dal quale emanano, e dal nome della persona cui sono dirette. La data è in calce. La classazione delle materie è in generale quella delle Pandette, sebbene nei suoi ultimi III libri il Codice contenga un maggior numero di argomenti. Fa meraviglia che nel compilarlo si dimenticassero di inserirvi alcune costituzioni, l'esistenza delle quali ci è rivelata dalle Istituzioni.

§ 188. Dopo aver compiuto questi grandi lavori, l'imperatore ordinò che le tre opere delle Istituzioni, Pandette e Codice si considerassero come un'opera sola, e come opera sua; e tutta insieme, la rivestì della sua imperiale sanzione. Tanto fidava nella diligenza e nel sapere delle persone cui aveva affidato cotali compilazioni, che egli asserì, nelle medesime non esistere neppure una contradizione. Per impedire la possibilità di qualsivoglia alterazione nel loro disteso legale, vietò rigorosamente, che nel trascriverle, si facesse uso di abbreviature o di cifre. Come moltissimi legislatori, anche dei nostri tempi, si lusingò che i

suoi lavori dovessero porre argine ad un gran numero di controversie pratiche, e più a quelle teoriche; e per assicurare meglio ai medesimi questo resultato, ebbe ricorso al singolarissimo divieto, emesso in un modo rigoroso, che si scrivessero dei commentari sulle varie parti della sua grande collezione; ne permise soltanto delle traduzioni letterali, e dei sommari pei diversi titoli.

(*Novelle*).

§ 189. L'attività legislativa di Giustiniano non si quietò per tutto questo; anzi dall'anno 535 fino alla sua morte, che avvenne nel 565, pubblicò molte costituzioni nuove, alcune delle quali relative all'amministrazione dello Stato ed a materie ecclesiastiche, altre al diritto privato, in molte istituzioni del quale arrecarono cambiamenti importanti. Queste nuove costituzioni furono scritte parte in latino, e parte in greco, e furono chiamate *Novellæ Constitutiones* o *Novellæ*. L'imperatore non ne fece una raccolta officiale, ma i privati le riunirono, e poco dopo la sua morte fu fatta una collezione di 168 Novelle greche, delle quali peraltro sole 154 sono di lui, le altre appartengono ai suoi successori Giustino II e Tiberio II.

§ 190. I cultori del diritto Romano posteriori a Giustiniano non riscontrarono la rigorosa uniformità e la corrispondenza dei principii giuridici in tutta la sua legislazione, che egli si lusingava di avere raggiunto. Trovarono invece non poche contradizioni, per conciliare le quali tentarono stabilire delle regole. E fu detto, che in caso di cotali antinomìe si dovesse esaminare la data delle disposizioni inconciliabili, ed applicare la regola generale che il diritto posteriore deroga all'anteriore. Per questa regola, le Novelle debbono essere preferite al Codice, ed il Codice alle Pandette ed alle Istituzioni. Ma fra le Pandette e le Istituzioni è difficile decidere quale di queste due compilazioni debba meritare la preferenza, perchè l'imperatore diede alle medesime forza di legge nel giorno stesso. Tuttavia possiamo dire:

a) Che le Istituzioni dovranno essere preferite alle Pandette, quando resulti probabile che Giustiniano volesse mutare con le Istituzioni, una qualche disposizione già esistente nelle Pandette.

b) Che se nelle Istituzioni e nelle Pandette si trovino degli estratti dello stesso passo di un antico giureconsulto, non uguali

talchè esista contradizione fra l'estratto che si legge in una di queste opere, e l'estratto che si legge nell'altra; si dovrà preferire quella compilazione che contiene l'estratto più esteso.

c) In caso di contradizione fra i passi di una stessa compilazione come, verbigrazia, se le Istituzioni in un luogo contradicono alle Istituzioni stesse in luogo diverso, si dovrà osservare se in un luogo si tratti la questione ai termini del gius antico, nell'altro del gius nuovo; o se apparisca quale fra due disposizioni diverse fu preferita dai compilatori, e quale fu riferita soltanto per indicare un'opinione che essi non accettarono.

d) Non bastando queste norme, si dovrà preferire quella disposizione che i principii dell'analogìa legale, e lo spirito della legislazione Romana intiera consigliano. Ma non aggiungeremo di più su quest'argomento che appartiene all'ermeneutica legale, e non ad un corso elementare di diritto Romano.

CAPITOLO V.

VICENDE DEL DIRITTO ROMANO DOPO GIUSTINIANO.

A) *In Oriente.*

§ 191. L'edifizio legislativo, opera dell'imperatore Giustiniano, appariva in Oriente romano troppo e nella forma e nella sostanza, e generalmente lo giudicavano come un lavoro fuori di tempo e di luogo. Ai popoli orientali riusciva specialmente duro che le leggi cui dovevano obbedire fossero scritte in lingua straniera. Di qui ebbero origine le parafrasi greche per l'uso prima delle scuole, poi del fòro.

§ 192. Teofilo uno dei compilatori delle Istituzioni, ne diede l'esempio, e per l'uso dei suoi scolari di Costantinopoli rivestì di greca forma quel libro elementare. Di questa parafrasi greca fatta da Teofilo più manoscritti giunsero fino ai tempi nostri, sui quali la migliore edizione che sia stata fatta è quella di Reitz (La Haye, 1751), in cui il testo greco è accompagnato da una traduzione latina, e da molte note. Il lavoro di Teofilo è importante per noi, perchè ci mostra come si interpretassero le Istituzioni ai tempi nei quali erano state pubblicate, e come le interpretasse chi aveva contribuito a comporle.

§ 193. Anche i Digesti furono obietto di molte parafrasi, fra le quali quella che ebbe a godere di credito maggiore fu la grande parafrasi di Stefano. La parafrasi del Codice eseguita da Taleleo, fu pure assai stimata. Doroteo, altro compilatore delle Istituzioni, compose dei commentari sul Digesto, sul Codice e sulle Novelle.

§ 194. Non molto dopo la morte di Giustiniano, Giuliano professore di diritto a Costantinopoli pubblicò un compendio in lingua latina di 125 Novelle, sotto il titolo di *Epitome Novellarum*, che i Glossatori nel medio evo chiamarono per antonomasia *Novella*. Quasi contemporaneamente comparve una traduzione latina di 134 Novelle greche, che poi fu chiamata *Corpus authenticum*, per distinguerla dall'Epitome di Giuliano.

§ 195. La moltiplicità delle costituzioni emanate dai successori di Giustiniano, i commentari diffusi e talvolta contradittorii, le traduzioni non sempre esatte delle leggi romane, tuttociò unito alla repugnanza, che fin da primo i popoli orientali avevano sempre avuto per le compilazioni troppo romane ordinate da Giustiniano, faceva desiderare una nuova revisione della legislazione, una pubblicazione autentica, ed in lingua greca della medesima. E Leone l'Isaurio credè satisfare a questo desiderio nell'anno 740 con la sua scelta delle leggi, sunto in 18 titoli. Ma questo lavoro, perchè manchevole ed arbitrario, ben presto fu disprezzato.

§ 196. Basilio il Macedone nel prendere le redini dello Stato, volle fare per i suoi tempi quello che Giustiniano aveva fatto quasi tre secoli innanzi pei propri; e però nell'anno 876 nominò una commissione che doveva redigere in lingua greca un Codice generale, il quale, senza trascurare la legislazione precedente, fosse adattato ai bisogni dell'epoca. E mentre la commissione lavorava a quest'opera, pubblicò una specie di manuale per l'insegnamento, ad imitazione delle Istituzioni di Giustiniano, e composto di 40 titoli. Poco prima di morire ordinò una revisione di quel suo *Prochiron*, ma essa non ci è che imperfettamente conosciuta.

§ 197. Basilio essendo morto prima che fosse compiuta la sua grande opera, della quale aveva incaricato la commissione sopra ricordata, suo figlio Leone il filosofo fece ultimarla, e la pubblicò nell'anno 887, sotto il nome di *Basiliche* in onore del proprio padre Basilio, che ne aveva concepito l'idea, e fatto imprenderne l'esecuzione. Costantino Porfirogenito 60 anni dopo pubblicò una nuova edizione dei libri Basilici, riveduta e corretta; quest'opera

era divisa in 60 libri, dei quali completi ne abbiamo soli 36. La migliore edizione che ne sia stata fatta, è quella dell' Heimbach (Lipsia, 1833 e seg.) Nei Basilici è sparita la distinzione fra Istituzioni, Pandette, Codice e Novelle; queste diverse fonti vi sono confuse insieme, ed i principii giuridici ricavati indistintamente da esse tutte, sono riuniti sotto le stesse rubriche, e perfino confusi con regole e definizioni puramente dommatiche. Il diritto Romano vi è modificato, per adattarlo ai bisogni ed alle idee del tempo. A questi libri Basilici furono poco dopo aggiunti degli *scolii*, ossia osservazioni al testo, tratti dalle antiche parafrasi delle opere di Giustiniano.

§ 198. Leone pubblicò anche una collezione di sue Novelle, che nel numero di 113 tennero dietro ai Basilici. Molte opere produsse la letteratura giuridica bizantina, e specialmente manuali e compendii, collezioni di regole di diritto, e confronti delle disposizioni contenute nei Basilici. Anche dopo la distruzione dell'impero Greco, i libri Basilici rimasero come fondamento della legislazione. I Turchi infatti, come i barbari nell'Occidente, lasciarono ai vinti le loro leggi. Tuttavia in pratica era adoperato moltissimo e rispettato quasi legge un prontuario del diritto, opera di un Costantino Armenopulo che visse nel XIV secolo.

B) *In Occidente.*

§ 199. Le compilazioni di Giustiniano erano destinate per l'Oriente, ma quando egli ebbe vinto gli Ostrogoti, che si erano impadroniti dell' Italia, riconquistato questo paese, ve le introdusse qual legge, e le fece studiare nelle scuole, come resulta dalla *Sanctio pragmatica* dell'anno 554 conservataci da Giuliano nel suo libro *Epitome Novellarum*.

§ 200. Da quest'epoca in poi, e lo ha dimostrato fino all'evidenza il chiarissimo Savigny nella sua *Istoria del diritto Romano nel medio evo* questo diritto resse sempre l' Italia nonostante i mutamenti politici che ebbe a subire. Sarebbe spreco di tempo riferire qui tutte le prove e le argomentazioni da quel celebre giureconsulto addotte a dimostrare quella sua tesi; ci limiteremo pertanto a ricordare come Carlo Magno nell' anno 801 punisse i Romani che si erano ribellati al Papa, applicando loro la legge romana; come il papa Leone IV verso l'anno 847 pregasse l'im-

peratore Lotario perchè mantenesse il diritto Romano nel vigore che aveva avuto fino allora; come nell'anno 885, l'imperatore tenne in Roma una corte di giustizia, nella quale giudicò secondo la legge Romana; e come un esempio del medesimo genere trovisi sotto il regno di Ottone I. Finalmente non vuolsi omettere di avvertire che molti istrumenti di enfiteusi e molti testamenti di questi tempi sono fatti secondo il prescritto del diritto Romano (vedi Savigny, loco cit., vol. I, p. II, cap. 13).

§ 201. Che non si cessasse mai di coltivare il diritto Romano ne fanno testimonianza due ristretti di diritto Giustinianeo, quali sono: 1° quello che si intitola *Petri Exceptiones;* 2° l'altro che si chiama *Brachylogus.* Il primo di questi lavori fu composto nel Delfinato a Valenza, e le Istituzioni, le Pandette, il Codice, e le Novelle vi sono di frequente citati. In quattro libri vi si tratta delle persone, dei contratti, dei delitti, e della procedura. Il *Brachylogus* contiene un'esposizione compendiosa e sistematica del diritto Romano, ove sono tenute a guida le Istituzioni di Giustiniano; si è preteso da taluno che Irnerio ne fosse l'autore. Degli *Scolii* sull'estratto che per Giuliano fu fatto delle Novelle, delle *Glosse* sulle Istituzioni, gli uni e le altre trovati nella biblioteca di Torino, e pubblicati dal Savigny, sono lavori sul diritto Romano anteriori anche al *Brachylogus,* ed al libro *Petri Exceptiones.* Il diritto Romano fu dunque sempre in vigore in Europa, e sempre ebbe cultori; l'autorità del clero, che lo preferiva alle leggi dei barbari, gli fece trovare accoglienza eziandio in paesi che non erano stati mai sottoposti alla romana dominazione. Ma esso languiva, e per così dire menava una vita stentata e presso che inerte, quando nel XII secolo lo vediamo sorgere da quella specie di letargo, essere obietto dello studio di tutte le persone più colte, e per ultimo reggere qual legge vivente i paesi più civili di Europa.

§ 202. Questo stupendo risorgimento del diritto Romano ebbe principio in Italia. Sul terminare del X secolo, l'Italia cominciava a riaversi dalla diuturna oppressione barbarica; il commercio e le arti vi rifiorivano, il ben essere materiale vi ritornava; e per questo di nuovo si rivolgevano le menti agli studi. Per regolare le molte relazioni giuridiche, i numerosi negozi, conseguenza della rediviva attività commerciale ed industriale, una legislazione era un bisogno. Faceva di mestieri o creare una legislazione locale nuova, o ritornare a studiare profondamente quella romana.

Quest'ultima via fu prescelta dalle neonate repubbliche italiane, e perchè il diritto Romano non era mai sparito del tutto in Italia, e perchè l'uso allora generale della lingua latina negli affari tutti sì profani che sacri, contribuiva a fare popolare una legislazione scritta in quella lingua. Aggiungasi che gli Italiani sentivano di essere i legittimi eredi del sapere romano, e per poco che si volessero sollevare sulle meschine norme della pratica, dovevano ricorrere ai ricordi della civile legislazione di Roma.

§ 203. Il primo insegnamento di diritto Romano che godesse di grande reputazione, fu quello che Irnerio, già maestro di grammatica, aperse in Bologna verso l'anno 1100. Pare che prima di lui a Ravenna esistesse di già una scuola di diritto, ma la reputazione di quella di Irnerio la ecclissò siffattamente, che a mala pena ne rimase un barlume nella memoria degli scrittori di quel tempo. Vi ha chi pretende che anche in Bologna Irnerio non fosse il primo ad insegnare il diritto, e si cita un Pepo qual suo predecessore: ma la celebrità di Irnerio fece dimenticare quelli che prima di lui erano entrati nel nobile arringo. Le lezioni di Irnerio attrassero da tutte le parti di Europa la gioventù in Italia, ed in folla accorrevasi in questa classica terra a far tesoro di un sapere allora peregrino. Dalla scuola italiana uscirono abili giureconsulti, che ritornando ai patrii lidi diffondevano le cognizioni giuridiche romane attinte in Italia, ed eccitavano un desiderio irrefrenato per lo studio della legislazione di Roma. Il principato civile incoraggiava questo studio, per farne argomento di opposizione al diritto canonico. Per cotal guisa il diritto Romano fu trasmesso dall'Italia alle altre nazioni; ed è da osservare che esso fosse accolto da per tutto, come i Glossatori lo avevano rappresentato, quasi una incarnazione della ragione civile, quale una legge razionale superiore alle altre leggi tutte, di cui doveva temperare l'iniquità, supplire l'insufficienza, insegnare l'applicazione; un dirittto umanitario, cui tutti i popoli cristiani dovevano obbedire. A questo resultamento conferì per avventura l'idea predominante in quest'epoca, cioè che il sacro romano impero, ritenuto in teoria quasi una monarchia universale di tutta la cristianità, fosse una prosecuzione dell'impero romano, e gli imperatori germanici fossero legittimi successori di Giustiniano.

§ 204. È stato creduto lungamente che al risorgimento del diritto Romano porgesse occasione il ritrovamento in Amalfi di

un manoscritto delle Pandette. Stando ad una popolare leggenda si raccontava che Lotario II, espugnata quella città nell'anno 1135, trovato quel manoscritto, lo aveva regalato ai Pisani in ricompensa dell'aiuto prestatogli nella spedizione contro Ruggiero re di Sicilia. Si aggiungeva che per dare maggior importanza al suo dono, l'imperatore contemporaneamente aveva dato forza di legge al diritto Romano, sostituendolo nella pratica al diritto germanico. La moderna critica rifiuta come favoloso questo racconto. E non a torto; infatti niuno degli scrittori che si occuparono del diritto Romano in epoca di poco posteriore al preteso ritrovamento delle Pandette in Amalfi, fa menzione di una fonte di ragione nuovamente scoperta; dell'esistenza della legge di Lotario relativa al diritto Romano non occorre prova alcuna; aggiungasi che il diritto Romano si insegnava a Bologna prima del favoloso ritrovamento del celebre manoscritto in discorso. I cronisti poi che riferiscono quella leggenda, parlano soltanto dell'acquisto del manoscritto fatto dai Pisani, ma non di donazione imperiale. Con tali argomenti, e con altri più che per brevità si omettono, il chiarissimo Savigny nella citata sua *Istoria del diritto Romano nel medio evo* (vol. II, p. I, cap. 18) tronca la questione già tanto discussa, specialmente fra l'abate Guido Grandi ed il marchese Bernardo Tanucci, sulla verità del tradizionale racconto relativo al famigerato manoscritto pisano delle Pandette.

§ 205. La scuola di Irnerio ebbe nome di *scuola dei Glossatori*, dal sistema adoperato nella medesima per studiare il diritto. Questi cultori della scienza giuridica, tenevano l'ordine esegetico; aggiungevano al testo delle spiegazioni o sopra qualche parola di oscuro significato, o sopra una qualche frase che contenesse un principio meritevole di dichiarazione, confrontandola con tutte le altre relative al medesimo argomento e collocate altrove; ed in queste spiegazioni, da primo assai brevi, seguitavano fedelmente la giacitura e la successione delle parole e delle idee testuali. Tali brevi note, erano chiamate *glosse* o *chiose*, ed erano scritte ora fra linea e linea (*glossæ interlineares*), ora nel margine delle pagine (*glossæ marginales*). In seguito composero ancora delle *Summæ* o ristretti dei principii di ciascuna istituzione, ordinati col metodo che loro sembrava più confacente all'indole del soggetto: onde furono detti eziandio *Summisti*.

§ 206. Molte scuole ad imitazione della bolognese sursero

ben presto in Italia, e fuori; ma furono in origine cosa privata e indipendente dal governo. Ovunque ad un precettore veniva fatto di riunire intorno a sè un certo numero di uditori, si formava una corporazione (*Universitas*) che si reggeva coi propri statuti; come pure ovunque un certo numero di precettori si riuniva, richiamando ad udirli un buon numero di alunni, cominciava ad esistere una *universitas*. La voce *universitas* significò dunque originariamente la corporazione o il collegio degli scolari o dei professori. Questi istituti, considerati sotto il punto di vista del loro scopo, chiamavansi Studi, *Studia*.

§ **207**. La fama della scuola di Irnerio seguitò anche dopo la sua morte, per opera dei suoi successori e discepoli. Fra questi, per la dottrina e per la parte avuta nel disbrigo di pubbliche faccende, emergono quattro giureconsulti, che i cronisti ricordano insieme, chiamandoli collettivamente gli *oracoli della scienza*, e per antonomasia i *quattro dottori*, e furono Bulgaro, Martino, Jacopo, ed Ugo. Di essi, e di altri famigerati glossatori che loro tennero dietro, come Rogerio, Alberico, Guglielmo da Cabriano, Placentino, Giovanni Bassiano, Pillio, Lotario da Cremona, Azone, ecc., noi non daremo notizie, per non andare troppo in lungo, rinviando chi desiderasse farne tesoro, alla citata opera del Savigny, *Istoria del diritto Romano nel medio evo*.

§ **208**. Non possiamo ciò non pertanto tralasciare di ricordare l'Accursio, discepolo di Azone, che si può dire fosse l'ultimo della scuola dei Glossatori, e che in reputazione superò gli altri tutti. La sua celebrità egli la ripete dalla sua *glossa ordinaria* o *glossa Accursiana*. Questo lavoro è una raccolta compendiosa delle migliori glosse e Somme, e delle più stimate opere sistematiche anteriori, e serve di commentario completo a tutto il corpo del diritto. Nonostante la poca critica nella scelta delle opinioni riferite, la inesattezza nel riferirle, ed il piccolo merito scientifico del compilatore, la glossa di Accursio ebbe grandissima autorità, ottenne forza di legge nei tribunali; e nella pratica fin d'allora prevalse quel famoso ditterio: *Quod non agnoscit glossa, id nec adgnoscit curia*, pel quale anche oggi, nei paesi ove il diritto Romano è in vigore, i passi del *Corpus Juris* che non sono glossati, non si reputano avere forza di legge. Questa glossa Accursiana ha non poca istorica importanza, perchè ci dà notizia di molti scrittori e di molti scritti, che altronde ci sarebbero ignoti. Essa per

altro, non vuolsi dissimularlo, è una prova manifesta dello scadimento degli studi nella scuola cui Accursio apparteneva, e forse contribuì ad accelerare il già cominciato movimento retrogrado della scienza. Fatto è che dopo l'Accursio, vergognosamente fu preferita la sua compilazione alle opere originali dalle quali era stata tratta.

§ 209. I Glossatori un tempo inalzati a cielo, sono stati poi sottoposti ad una critica poco imparziale e disonesta, e addebitati di ignoranza supina nella istoria, di poca perizia filologica, di stranezza nelle etimologie. A vero dire, alcuni di questi rimproveri hanno un certo fondamento di verità: ma prima di correre a condannare questi vetusti cultori della scienza giuridica risorta, bisogna far ragione dei tempi nei quali essi vivevano. E valga il vero, quando essi composero le loro opere, appena erano stati ripresi gli studi istorici e letterari, e non potevano ancora dirsi dileguate le folte tenebre, che da secoli occupavano le menti. Dalle quali cose si raccoglie, che lungi dal meritare derisione o disprezzo, sono veramente degni di lode e di rispetto questi uomini, che con sottilissimi sussidi di istoria e di filologìa, privi di tutte quelle fonti di ragione scoperte in seguito con la sola forza del loro ingegno, per i primi ed in brevissimo tempo interpretarono e conciliarono le migliaia di frammenti e di leggi sparsi nelle vaste compilazioni Giustinianee, ne impararono meravigliosamente il disposto, tantochè non sfuggì loro neppure una fra le molte disposizioni concordi comunque lontane le une dalle altre, ed emesse in occasioni disparatissime; ne rivelarono lo spirito, e le adattarono ai nuovi bisogni. Oggi sarebbe senza dubbio argomento di riso, il fare derivare, come da alcuni di essi fu fatto, la voce *lapis* dalle due *lædens pedem*, o la voce *argumentum* da *argute inventum*, o il sostenere, che la *lex Caninia* derivasse il suo nome da *canis* (*cane*) e la *lex Falcidia* da *falx* (*falce*), o l'asserire che Ulpiano e Giustiniano, l'uno posteriore di due, l'altro di cinque secoli a Gesù Cristo, lo precedessero (vedi Berriat Saint-Prix, *Istoria del diritto Romano*, sezione II, cap. VI, art. 2). Oggi questi scerpelloni sarebbero incomportabili; ma è prova per lo meno di indiscretezza il fare così alte meraviglie perchè i Glossatori li commettessero.

§ 210. Le fonti del diritto note a questi giureconsulti erano le Pandette, il Codice, le Istituzioni e l'antica versione delle No-

velle (*authenticum*). L'insieme di queste opere legislative, chiamavano *Corpus Juris Civilis.*

§ 211. Da essi discende la divisione del Digesto in tre parti, cioè: 1° Il *Digestum vetus* (che dal libro I si estende fino al titolo 2° del libro XXIV), 2° l'*Infortiatum* (che dal titolo 3° del libro XXIV si estende fino alla fine del libro XXXVIII), 3° il *Digestum novum* (che dal titolo 1° del libro XXXIX si estende fino a tutto il L o ultimo libro). La qual divisione e nomenclatura si congettura derivi da questo: che i Glossatori in origine conoscessero solamente la prima delle parti suddescritte, e soltanto in seguito acquistassero notizia della terza, la quale allora cominciava a metà del titolo 2° del libro XXXV, con le parole *tres partes,* che sono a mezzo di un periodo. Per distinguere questa parte del Digesto nuovamente scoperta da quella posseduta prima, è probabile che l'una chiamassero *Digestum vetus,* e l'altra *Digestum novum.* Sembra che la parte intermedia fra queste due fosse posseduta l'ultima, e che ritrovatala, ad essa fossero aggiunti il fine del libro XXXV (che cominciava, come abbiamo detto, con le parole *tres partes*), e per connessione di materia anche i libri XXXVI, XXXVII, XXXVIII. Questa parte del Digesto così accresciuta e rinforzata non è strano che si chiamasse *Infortiatum.* Quasi tutti i manoscritti delle Pandette dal XII fino al XV secolo, furono direttamente o indirettamente fatti sotto la direzione dei Glossatori; la lezione da essi generalmente adoperata ebbe nome di *vulgata* ed anche di *litera bononiensis* e di *litera communis,* la cui più antica edizione è del 1475-1476, ed è di Roma. Un manoscritto più antico di quelli formati dai Glossatori è quello che nei loro tempi era in Pisa, e che risale al VII secolo, del quale poc'anzi riferimmo cosa la leggenda popolare narrasse; cotal manoscritto fu portato a Firenze, allorchè Pisa nel 1406 dovè cedere a quella sua potente rivale, ed a Firenze si conserva tuttora con religiosa cura nella biblioteca Mediceo-Laurenziana. È da esso che è stata tratta la celebre lezione *pisana* o *florentina,* pubblicata per le stampe la prima volta da Lelio e Francesco Torelli (Florent., 1553, fol.) Gregorio Haloander a Nuremberg nel 1529 si valse come della *lectio vulgata,* così anche della *florentina* per costruirne una terza, che perciò fu detta *mixta,* e che ebbe eziandio i nomi di *Norica* e di *Haloandrina,* provenienti l'uno dal luogo ove fu pubblicata, l'altro dal suo autore Haloander (Hoffman).

§ 212. Il *Codice* non fu posseduto dai Glossatori per intiero, almeno nei primi tempi. Irnerio pare che ne conoscesse i soli primi nove libri; e ciò dipese probabilmente dall' abitudine dei copisti, di omettere nei loro manoscritti gli ultimi tre libri, perchè relativi al diritto Pubblico. Ancora quando gli ultimi tre libri furono conosciuti, i Glossatori li tennero separati e li chiamavano *tres libri,* come se non facessero parte del *Codex.* I Glossatori solevano omettere le costituzioni greche, che tuttavolta occupavano per intiero alcuni titoli del Codice, e non si curavano di riferire le iscrizioni e sottoscrizioni sì delle greche come delle latine. Recentemente furono scoperti alcuni manoscritti del Codice, più antichi di quelli dei Glossatori: e specialmente due del X secolo, dal Bluhme.

§ 213. Le *Istituzioni* erano note ai Glossatori per intiero; e non pochi manoscritti ne possedevano, sebbene il maggior numero di questi sieno del XIV e del XV secolo. La più antica edizione delle Istituzioni è quella di Magonza del 1468, come la più recente, che meriti menzione, è quella di Berlino, 1831, per cura dello Schrader.

§ 214. I Glossatori si valevano della versione latina delle Novelle, cioè dell' *Authenticum* o *Corpus authenticum.* Ma fra queste Novelle, sceveravano quelle che loro sembravano inutili, e le chiamavano *extravagantes o authenticæ extraordinariæ;* le altre, che erano 97, verso l'anno 1140 le divisero in 9 collazioni (*collationes*) corrispondenti ai IX libri del Codice, conosciuti allora dalla scuola dei Glossatori; le *extravagantes* furono poi divise in tre collazioni tenute separate da quelle prime nove. in tutte furono dunque 12 collazioni; appunto come dodici erano i libri del Codice. I Glossatori facevano degli estratti di queste Novelle e li intercalavano nel Codice, nei luoghi ove erano istituzioni modificate o abrogate da siffatte Novelle. Questi estratti si chiamarono anche essi *Authenticæ.* Generalmente sono dei *loca parallela* aggiunti al Codice, e poi incorporati nel testo a guisa di Glossa. Si distinguono facilmente nelle nostre edizioni, perchè sono stampati in caratteri italici. È da osservare che fra queste *Authenticæ,* 13 sono estratte da Costituzioni di Federigo I e di Federigo II imperatori di Lamagna, chiamate per questo *Authenticæ Fredericianæ.* In qualche manoscritto delle Istituzioni, come in quelli del Codice si trovano le *Authenticæ,* vale a dire anche al testo

di quest'opera elementare i Glossatori aggiunsero gli estratti di quelle Novelle che modificavano qualche principio in essa contenuto.

§ 215. I Glossatori dividevano in 5 parti (*volumina*) il loro *Corpus Juris Civilis*. I primi tre volumi comprendevano le tre parti del Digesto, *Vetus, Infortiatum, Novum*. Il quarto volume abbracciava i primi nove libri del Codice; il quinto volume, che chiamavano *volumen* o *volumen parvum*, conteneva le Istituzioni, le nove collazioni delle Novelle (*Authenticum*) gli ultimi *tres libri* del Codice. Vi aggiungevano ancora alcune costituzioni e disposizioni estranee al diritto Romano, come le collezioni longobarde di diritto Feudale (*libri feudorum*) e molte leggi degli imperatori Federigo I. Federigo II, Corrado ec. ec. Le più antiche edizioni del *Corpus Juris* conservano questa divisione; tutte quelle pubblicate fino al principio del XVI secolo sono glossate; in seguito per circa un secolo si alternarono edizioni glossate e non glossate; dal 1621 in poi le edizioni non furono più accompagnate dalla glossa. Le edizioni non glossate hanno abbandonato l'antico ordinamento del *Corpus Juris*, seguitato dai Glossatori, e cominciano generalmente con le Istituzioni, cui tengono dietro le Pandette; queste sono seguite dal Codice, al quale succedono le Novelle; finalmente si trovano le appendici al *Corpus Juris*, che sono molto diverse a seconda delle edizioni.

§ 216. Reputiamo inutile dare qui un catalogo di tutte le più celebri edizioni del *Corpus Juris Civilis* così glossate, come non glossate, quel catalogo occorrendo in tutte le opere recenti, destinate all'insegnamento del diritto (vedi MACKELDEY, HAIMBERGER etc.). Ci limiteremo a ricordare fra le glossate le seguenti:

1° Ludguni, apud Sennetenios fratres, 1549 et 1550, V vol. in-folio.

2° Cura Antonii Contii, Parigi, 1576, V vol. in-folio.

3° Cura Pet. ab Area Baudoza Cestii, Lione, 1593, IV vol. in-4°.

4° Cura Jo. Fehii, Lione, 1627, VI vol. in-folio.

E fra le non glossate:

1° Cura Ludov. Russardi, Lione, 1561, 2 vol. in-folio, ristampata a Anversa, 1567 et ibid. 1570, VII vol. in-8°.

2° Cura Ant. Contii, Lione, 1571, et ibid. 1581, XV vol. in-12°.

3° Cura Lud. Charondas, Anversa, 1575, in-folio.

4° Cum notis Dionys, Gothofredi, Edit. princeps, Lione, 1583

in 4°. Fra le diverse ristampe pubblicate per cura sua o di altro editore, quella Cura Sim. Van Leewen apud Elzevirios, Amsterdam, 1663 in folio, è la migliore.

5° Ex recens. Georg. Chr. Gebaueri cura Georg. Aug. Spangerbergi, Gottinga, 1776, 1797, II vol. in-4°. - L'edizione più adattata ai giovani che cominciano gli studi del diritto, è l'edizione di Lipsia del 1833, 1843, cui diedero opera i fratelli Kriegel, Em. Herrmann e Oserbruggen.

§ 217. Non è inutile il riferire le maniere con le quali si citavano dai Glossatori, e si citano oggi le diverse parti del *Corpus Juris*. Per citare un qualche passo delle Istituzioni, si cominciava e si comincia dall'indicare il titolo dell'opera, con la iniziale I, o con le lettere *Inst.*; poi si trascrivevano le prime parole con le quali comincia il paragrafo; finalmente si trascriveva la rubrica del titolo come, p. e.; *Inst.*, § *fratris vero*, *de nuptiis*. Oggi per altro si suol citare coi numeri del paragrafo, del titolo, e del libro, come *Inst.,* § 3, I, 10. Talora si congiungono questi due modi di citazione come: § 3, *Inst., de nuptiis*, I. 10. Per citare le Pandette i Glossatori indicavano il titolo dell'opera con un P o un D, e più comunemente con questo segno *ff*, il quale si pretende da taluno che sia un D mal fatto o una corruzione della greca lettera π. — Oggi si adopera il P, o il D, o il Dig. — La legge, o frammento, la indicavano con le prime parole con le quali comincia, e con le prime parole del paragrafo indicavano il paragrafo stesso.; ed il titolo lo indicavano con la sua rubrica, come *Dig. de jure dotium. Leg. profectitia,* § *si pater,* oppure *L. profectitia,* § *si pater ff. de jure dotium.* In seguito si adoperarono i numeri del libro, del titolo, della legge o del frammento e del paragrafo. La legge o frammento fu indicata con un *l,* o con le lettere *leg.* o con le lettere *fr.* come: *leg.* o fr. 5, § 6, *D.* XXIII, 3, oppure, combinando i due modi di citare, si disse fr. o *leg.* 5, § 6, *Dig. de jure dotium,* (XXIII, 3). Tanto le Istituzioni quanto le Pandette avendo, le prime sempre, le secondo spesso, un *principium* dei respettivi paragrafi e frammenti, quando si vuol citare quel *principium* si adoperano le lettere *pr.* per indicarlo, come p. e.: fr. 5 *pr. Dig. de jure dotium*, (XXIII, 3). Il Codice è stato citato, e si cita in modo analogo alle Pandette. Un *C* o le lettere *Cod.* indicano l'opera, se non che per indicare la costituzione, gli antichi usavano di

dire *legge* (*leg.* o *l.*) ed i moderni *costituzione* (*const.* o *c*). In antico si sarebbe citato così *L. 22. Cod. Mandati vel contra*, oggi invece: *const. 22. Cod.* IV, 35, oppure *const. 22, Cod. Mandati vel contra* (IV, 35). Per citare le Novelle i Glossatori prima ponevano le lettere *Auth.*, poi la rubrica del titolo, sotto il quale la Novella era nella collazione loro, in seguito le parole che cominciavano il paragrafo, e finalmente il numero della collazione, ed ordinariamente quello del titolo; come *Auth. dè hered. ab intest. ven.*, § *si quis*, Collat. 9, tit. 1. Oggi siccome le Novelle nelle edizioni non glossate sono comunemente classate nelle collazioni per ordine numerico, si cita ogni Novella pel numero che ha attualmente, senza riguardo alla collazione. Laonde la citazione precedente oggi si farebbe così, *Nov.* 118, *cap.* I.

§ 218. Nel XIII secolo gli studi giuridici erano nuovamente caduti in basso, ma intorno a questa epoca sorge una scuola novella, che rovescia quella dei Glossatori e tiene il campo. È questa la scuola detta dei *Dialettici* o dei *Bartolisti*, la scuola comunemente chiamata barbara, per la poca perizia letteraria dei suoi membri, pel loro cieco e servile ossequio all'autorità dei nomi, ed al numero dei sostenitori di una opinione, qualunque ne fosse il merito intrinseco. Ciò non pertanto anche questa scuola ha i suoi pregi, ed ha reso non pochi servigi specialmente alla pratica. A questa scuola debbonsi molti trattati speciali sulle singole materie del diritto, composti ad uso del fôro, nei quali si vede introdotta e seguitata fino all'esagerazione la dialettica scolastica. Di qui il numero strabocchevole di distinzioni, divisioni, suddivisioni, ampliazioni, limitazioni, subampliazioni, sublimitazioni che deturpano tanti scritti, d'altronde pregevoli, e li rendono oscuri, tediosi, ed incomodi tanto che oggimai si consultano, ma non si leggono. Capo e fondatore di questa scuola comunemente si dice essere stato il Bartolo da Sassoferrato, giureconsulto che visse nella prima metà del XIV secolo, onde il nome di *Bartolisti* dato ai seguaci della scuola medesima: ma la verità è che l'uso delle forme dialettiche fu introdotto da Odofredo nella seconda metà del secolo XIII: peraltro la fama del Bartolo fece andare in dimenticanza i suoi predecessori. Il Bartolo godè di tale un'autorita sì in vita che dopo morte, per le sue opere e pel suo insegnamento giuridico, che difficilmente altra uguale se ne può citare nella storia letteraria del diritto. Nella Spagna e nel Porto-

gallo attribuivano forza di legge alla sua opinione, ed all'Università di Padova fu istituita una cattedra apposita perchè vi fosse letto il Testo, la Glossa e Bartolo. I più celebri seguaci del sistema dialettico furono il Baldo, alunno e poi emulo del Bartolo, il Saliceto, il Fulgosio, Paolo de Castro, detto volgarmente il Castrense, Alessandro Tartagni, Bartolommeo Cepolla, e per ultimo Giasone del Mayno.

§ 219. Intanto, tornati in fiore gli studi letterari ed istorici, la giurisprudenza ebbe a risentirne gli effetti salutari. Angelo Poliziano nella ultima metà del XV secolo, fece uscire la giurisprudenza da quella via selvaggia ed agreste, in cui l'avevano incamminata i dialettici. Oratore diserto, poeta elegante, insigne filologo e filosofo profondo, il Poliziano mostrò pel primo di quale sussidio allo studio del diritto Romano potevano essere le cognizioni istoriche, e la cultura delle lettere greche e latine. La scuola cui egli diede questo nuovo indirizzo, prese il nome di *scuola dei Culti*. L'Alciato, milanese, proseguì l'opera riformatrice cominciata dal Poliziano, e surse allora quella giurisprudenza veramente elegante ed erudita che brillò di luce sì splendida. Le antichità romane furono studiosamente investigate, le fonti del diritto antico furono ricercate, ed interpretate, e perfino quelle del diritto bizantino divennero obietto di studio indefesso ed illuminato. Non fu senza contrasto che la scuola colta potè prendere il di sopra; i partigiani dell'antica scuola dialettica pretendevano che i novatori criticassero il Bartolo e l'Accursio, perchè sì meschini legali da non intenderli; ed irridendo ai loro studi letterari anzichè giureconsulti li chiamavano *Grammatici*, ed *Umanisti*, ed anche *Nominalisti*, mentre si davano il titolo di *Realisti*, quasichè soltanto le loro disquisizioni avessero uno scopo reale ed utile, e non fantastico ed accademico. Malgrado quest'aspra guerra, i *Culti* ebbero la meglio, ed i nomi dei Ferretti, dei Socini, dei Torelli, dei Gentile furono nuovi fiori alla corona del sapere civile, di cui l' talia andò per tanto tempo altera. In Francia seguitando l'iniziativa dell'Alciato, che ivi aveva insegnato, il Cujacio col suo sistema istorico ed esegetico, si cattivò l'ammirazione di tutti i cultori della giurisprudenza, e fu salutato col nome di nuovo Papiniano. Il Donello, che fu il primo a valersi del sistema dommatico in modo veramente lodevole, fu suo emulo, e se non lo uguagliò nel sapere istorico e filologico, forse gli fu superiore

nella filosofia e specialmente nella logica. Fra i contemporanei del Cujacio ebbero fama Le Conte, Labitte, Duprat, Roussard, e l'eruditissimo Brisson; fra i suoi discepoli i due Pithou (*Pithœi*) Ranchin, Dufaur de Saint-Jory (*Faber Sanjorianus*) e più tardi verso il XVII secolo, Pacius, i due Gotofredi, Baudoche, Merille, Fabrot, Menages, Domat. (Vedi Giraud, *Storia del D. Romano,* epilogo.) Dopo la Francia, l'Olanda ed il Belgio furono i paesi, che in questi tempi avessero giureconsulti più accreditati, appartenenti alla scuola dei *Culti*, come Gifanio, Paolo Merula (*Van-Merle*), il Grozio, il Merenda, il Vinnio, il Voet. Anche in Spagna ed in Alemagna non mancarono giureconsulti di nome. La Spagna può citare Antonio Agostino, Sarmiento de Mendoza, Ramos del Manzano, Fernandez de Retes; e l'Alemagna il Sicardo, l'Aloandro, il Vultejo, il Rittersuzio (Rittershausen) etc. etc.

§ 220. Malgrado la gloria di cui si era ricoperta la scuola dei *Culti,* la tendenza pratica dei *Realisti* tornò a prevalere, e nel XVIII secolo in tutta l'Europa essi avevano riconquistato il terreno perduto. Si contavano sempre alcune splendide eccezioni, come il Noodt, il Van Bynkershoek, il Meerman in Olanda, il Gravina e l'Averani in Italia; l'Eineccio, il Brunnemanno, il Voorda, il Carpzovio, il Coccejo, il Bach in Alemagna, il Pothier in Francia; ma erano pochi astri in mezzo alle tenebre.

§ 221. Terminato appena il XVIII secolo, uno straordinario impulso agli studi eruditi del diritto Romano fu dato in Germania, e questo impulso dura tuttavia, ed'ha prodotto i più bei resultamenti come gli immortali lavori di Haubold, di Hugo, di Savigny, di Niebhur, di Zimmern ec. ec. In Italia (per tacere dei viventi) possiamo citare il Forti ed il Poggi, come appartenenti alla scuola rediviva dei *Culti*, che oggi per le sue tendenze agli studi istorici del diritto, chiamano scuola *Istorica.*

SEZIONE QUARTA.

NOZIONI PRELIMINARI INTORNO AI DIRITTI PRIVATI O CIVILI.

§ 222. I diritti privati o civili sono: Facoltà protette dalla legge giuridica di avere, di fare, o di pretendere una qualche cosa. Essi presuppongono:

a) Un *subietto* cui spettano, cioè una persona, sia *naturale*, sia di *creazione giuridica*.

b) Un *obietto* sottoposto al potere di chi esercita i diritti.

c) Un *fatto*, dal quale dipende l'acquisto dei diritti.

d) Un *mezzo* per farli valere in giudizio, ossia un'*azione*.

§ 223. I romani giureconsulti relativamente ai diritti, distinguevano: *persone, cose* ed *azioni*, e dicevano: *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (Gajo, *Ist. com.*, I, § 8; - *Inst. Imp.*, lib. I, tit. 2, § 12).

§ 224. Le più generali e rilevanti distinzioni che si fanno dei diritti privati o civili sono quelle che si fondano *a*) sull'*origine* *b*) sull' *estensione* *c*) sull' *obietto* loro.

a) Sotto il punto di vista dell'*origine* loro, i diritti si distinguono; in *primitivi* ed *acquisiti*. Sono *primitivi* quelli inerenti allo stato che l'uomo occupa nella civile società; sono *acquisiti* quelli che presuppongono sempre un atto di acquisto particolare. I diritti accordati ad alcuno, solamente per un *tempo determinato*, o sotto una *condizione* approvata dalle leggi, sono in istato di *espettativa*, o di *diritti in speranza*. I diritti dei quali è venuto il momento dell'acquisto, perchè scorso il tempo o purificata la condizione apposti al loro acquisto, ma *non per anco accettati* ed *acquistati* di fatto, chiamansi *diritti querendi*; ed in questo stato non fanno per anco parte del patrimonio. I diritti *deferiti, accettati* ed *acquistati* chiamansi *quesiti*, ed allora soltanto fanno parte del patrimonio.

b) Sotto il punto di vista *dell'estensione subiettiva*, i diritti si distinguono in *generali* e *particolari*, secondo che appartengono a tutti, od a certe persone privilegiate; e sotto il punto di vista *dell'estensione obiettiva*, si distinguono in *assoluti* e *relativi*, secondo che si possono far valere contro chiunque, o contro una determinata persona.

c) Per riguardo all'obietto cui si riferiscono, i diritti si distinguono in *Personali e Patrimoniali*.

I. Diconsi *Personali*, quelli che hanno per obietto delle persone;

II. *Patrimoniali*, quelli che hanno per objetto il *patrimonio*, cioè i beni, le sostanze.

I. I diritti *Personali* sono di due specie:

a) Diritti di condizione civile.

β) Diritti di famiglia.

α) I diritti *di condizione civile* sono relativi alla posizione civile, alla *capacità giuridica,* che la legge riconosce nel privato: alla sua *personalità giuridica* o *civile.* La *persona nostra* è l'obietto di questi diritti; chiedendo che sieno riconosciuti, si chiede che sia riconosciuta la nostra persona. Al Governo spetta quella recognizione importantissima pei privati; imperocchè è per la medesima, che è determinata la respettiva loro capacità all'esercizio dei diritti.

β) I diritti *di famiglia* sono diritti che ci appartengono sopra *una persona diversa da noi,* in forza di relazioni di famiglia che abbiamo con quella persona, relazioni riconosciute e sanzionate dalle leggi. Questi diritti hanno realmente per obietto, non già delle azioni o prestazioni, o dei servigi, che altri ci debba; sibbene hanno per obietto l'*altrui persona.* Nel diritto Romano antico questi diritti avevano tale estensione ed intensità, che la personalità di coloro che ne erano obietto, era quasi distrutta ed annullata.

II. I diritti *Patrimoniali,* cioè i diritti che abbiamo su tutto quello che può far parte del nostro patrimonio, sono pure di due specie:

α) Diritti *patrimoniali reali.*

β) Diritti *patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio* o diritti *di obbligazione.*

α) Diritti *patrimoniali reali* sono quelli che abbiamo sopra una *cosa corporale,* astrazione fatta da qualunque persona oltre la nostra; colpiscono la cosa senza riguardo a persone. I Romani non avevano un nome generico per designarli, e li indicavano con due nomi di specie; *Dominium*, *Jura in re*, (sottintendendo *aliena*). *Dominium,* cioè la più ampia potestà che si possa avere sopra una cosa *corporale nostra. Jura in re* (*aliena*) cioè diritti sopra una cosa *corporale altrui,* che il proprietario di quella ci ha accordati, frazionando il suo dominio, e staccandoneli.

β) I diritti *patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio,* o diritti *d'obbligazione* ed anche *obbligazioni* (*obligationes* dei Romani), sono diritti non già sopra una cosa corporale, o materiale che dire si voglia, ma diritti a certe azioni, prestazioni, o servigi, che possiamo esigere da altri. Questi diritti si chiamano anche *crediti.* Presuppongono necessariamente due persone l'una

che ha il diritto (*il creditore*), l'altra il cui fatto, la cui prestazione, il cui servigio, è l'obietto del diritto (*il debitore*).

§ 225. Diritti *personali* e diritti *patrimoniali;* questa duplice partizione abbraccia tutti i diritti immaginabili, ed essa servirà di base alla nostra esposizione. Tuttavolta è da osservare, che alla morte di un uomo, il suo patrimonio passa ad altri che si considera qual continuatore della personalità giuridica del defunto, che subingrede per conseguenza in tutti i suoi diritti, e nelle sue obbligazioni. Questo subingresso, o successione ereditaria, benchè comprenda diritti patrimoniali reali, e diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, è considerato come un tutto, come un insieme, come un diritto patrimoniale esso stesso il cui acquisto è governato da' speciali disposizioni; le quali a cagione della loro importanza addimandano di essere dichiarate a parte. Laonde di queste successioni ereditarie tratteremo separatamente e dopo avere esposto i diritti *patrimoniali reali* e i diritti *patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio.*

§ 226. L'esposizione delle nozioni generali e preliminari dei diritti privati richiede che si accenni del loro *acquisto*, ed *esercizio*, della loro *conservazione*, e finalmente della loro *perdita*.

A) *Acquisto dei diritti.*

§ 227. L'acquisto dei diritti presuppone, oltre un soggetto capace di acquistare, ed un diritto abile ad essere giuridicamente acquistato, anche un modo legittimo di acquisto, cioè un fatto di cui la legge riconosca come conseguenza l'acquisto di un diritto. I modi di acquistare i diritti sono di specie diversa; possono infatti essere:

I. *Originari* e *derivativi.* - *Originari* si dicono quando ci procurano un diritto, senza che altri ce lo trasferisca o ce lo trasmetta: *derivativi,* quando l'acquisto del diritto dipende da una traslazione o trasmissione, che altri (che dicesi *autore*) ce ne fa. Chi acquista il diritto che altri gli trasferisce o trasmette, dicesi *successore.* Il successore non può acquistare maggiori o più estesi diritti di quelli che spettavano al suo autore, giusta la regola di ragione naturale: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (fr. 54, fr. 59, fr. 175; § 1, fr. 177, *pr. Dig. de regulis juris*, L, 17). La successione nei diritti derivati da altri

può essere successione a titolo singolare (*successio in singulam rem, in singulas res*), e successione a titolo universale (*per universitatem*).

a) Esiste successione a titolo universale, quando si succede nell'insieme, nel complesso dei diritti e delle obbligazioni di un altro, nel suo patrimonio intiero considerato come una *universitas,* come un tutto ideale, e così tanto nell'attivo, quanto nel passivo del medesimo.

b) Esiste successione a titolo singolare, quando si succede in un diritto, o in più diritti determinati, i quali passano nel successore precisamente nello stato stesso in cui li aveva l'autore, con le loro limitazioni, e condizioni; ma senza però trasferire nel successore gli oneri propri della persona dell'autore, cioè i debiti di questo. Vedremo come l'una e l'altra di queste successioni possano avvenire *mortis causa*, e *inter vivos.*

II. Alcuni modi di acquisto si verificano per sola opera della legge (*adquisitiones lege s. ipso jure*), che ci attribuisce un diritto, perchè siamo in un dato stato, in una certa posizione: per esempio, il diritto di acquistare i frutti prodotti dall'albero che è in nostra proprietà. Altri modi di acquisto esigono per lo contrario, un *atto intenzionale* dell'uomo, cui la legge aggiunge come conseguenza un diritto; per esempio, il prendimento di possesso di una cosa senza padrone, con l'intenzione di acquistarla.

III. I modi di acquisto, che sono puramente gratuiti, diconsi *adquisitiones lucrativæ s. gratuitæ;* quelli che esigono una correspettività, un contraccambio per parte di chi acquista diconsi *adquisitiones onerosæ*, ossia onerosi o correspettivi.

IV. Finalmente, vi sono modi di acquisto esclusivamente propri del diritto civile Romano (*adquisitiones civiles*), e modi di acquisto propri del diritto delle genti (*adquisitiones naturales*).

b) *Dell'esercizio dei diritti.*

§ 228. Chi ha un diritto può esercitarlo, ancorchè per quell'esercizio rechi pregiudizio a qualcheduno (fr. 55, e fr. 151, *Dig. de regulis juris*, L, 17), giacchè si ritiene la massima: *qui jure suo utitur, neminem lædit;* ma la legge proibisce di esercitare un diritto con la sola intenzione di nuocere altrui, e senza nessun van-

taggio proprio, o come dicono i pratici, per ***spirito di emulazione*** (fr. 1, § 12, e fr. 2, § 5, *Dig. de aq. pluv. arc., act.* XXXIX, 3).

§ 229. Generalmente un diritto può essere da ognuno esercitato, tanto da per sè, quanto per mezzo di un rappresentante; ma a questa regola generale esistono in diritto Romano alcune eccezioni, che in progresso saranno dichiarate.

§ 230. Chi ha un diritto, ha ancora la facoltà di fare tutto quanto è necessario all'esercizio di quel diritto (fr. 10, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 20, § 1, *Dig. de serv. urb. præd.*, VIII, 2; fr. 11, *Dig. com. præd.*, VIII, 4). Viceversa, ha l'obbligo di soffrire tutti gli oneri, che al diritto medesimo sono inerenti (fr. 10, *Dig. de regulis juris*, L, 17; *cost. un.*, § 4, *Cod. de caducis tollendis*, VI, 51).

§ 231. Più persone possono avere sopra un medesimo oggetto dei diritti diversi, *compatibili* fra loro; allora tutti quei diritti possono essere esercitati; per esempio, taluno avrà la nuda proprietà di una cosa, tal altro l'usufrutto della cosa stessa; l'uno eserciterà i diritti di proprietario, l'altro quelli di usufruttuario. Ma se i diritti diversi, che più persone hanno sopra una cosa stessa, sono in tale opposizione fra loro, che tutti non possano venire esercitati, esiste allora un conflitto di diritti, il quale si regola nel modo seguente:

a) Il diritto speciale è preferito al diritto generale, giusta la regola volgare: *In toto jure, generi per speciem derogatur* (fr. 80, *Dig. de regulis juris*, L, 17).

b) Nel conflitto fra due privilegi o due benefizi di legge, si preferisce chi vuole evitare una perdita (*qui certat de damno vitando*), a chi vuole fare un lucro (*qui certat de lucro faciendo*); vedi, fr. 41, § 6, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. 14, § 1, *Dig. de religiosis*, IX, 7.

c) Nel conflitto di due diritti patrimoniali reali, si preferisce il più antico, secondo l'assioma: *Prior in tempore, potior in jure* (fr. 98, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. 12 *prin.*, *Dig. qui potiores in pign.*, XX, 4; *cost.* 8. *Cod. eod.*; fr. 26, *Dig.*, *locati*, XIX, 2).

d) A condizioni uguali, si preferisce chi è in possesso, seguitando il ditterio: *Melior est conditio possidentis* (fr. 126, § 2, e fr. 128 *pr.*, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. 9, § 4, *Dig. de publ. in rem act.*, VI, 2; fr. 14 *pr.*, *de noxal.*, *act.* IX, 4).

e) Non esistendo nessuna di queste cause di prelazione, si fa

ricorso alla *divisione* della cosa, fra i concorrenti nei diritti (fr. 7 *pr. qui potiores in pign.* XX, 4; fr. 33, *Dig. de legatis*, I, 30). E se la cosa non fosse divisibile, si trae a sorte per decidere a chi debbasi dare la preferenza (§. 23. *Inst. de legat.*, II, 20; *cost.* 3 *prin. Cod. com. de legat.,* VI, 43.; fr. 14, *Dig. de judic.,* V, 1; fr. 5, *Dig. fam. hercisc.*, IX, 2).

f) Qualora finalmente, nessuna di queste regole potesse ricevere applicazione, i diritti in collisione si distruggerebbero vicendevolmente, nè alcuno di essi potrebbe venire esercitato: lochè comunemente si esprime col broccardico: *Privilegiatus, contra æque privilegiatum, jure suo non utitur* (fr. 36, *Dig. de dolo malo,* IV, 3; fr. 57, *in fin. Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1; fr. 59, *Dig. solut. matrim.*, XXIV, 3; fr. 42 43, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5).

§ 232. All'esercizio di un diritto può essere apposto un tempo (dalla legge, dalla sentenza del magistrato, o dalla volontà dei privati), *dal quale* il diritto possa essere esercitato (*dies a quo* o *ex die*), o fino al quale potrà essere esercitato (*dies ad quem, ad diem*). Chiamasi giorno, *dies*, l'epoca dalla quale, o fino alla quale, il diritto può essere portato all'esercizio. Questo giorno può essere *certo,* come p. e. se fu detto: il 30 giugno 1890; può essere anche *incerto*, ed incerto in due modi, vale a dire incerto *se verrà* (*incertus an*), p. e. se fu detto: *il giorno che ti conjugherai*, ed incerto *quando verrà,* come se fosse stato detto: *il giorno che morirai* (*incertus quando*). *Il dies incertus an* è per altro una vera e propria condizione. Per riguardo al decorrere del tempo, si distingue il computo naturale (*computatio naturalis*) dal computo civile (*computatio civilis*). Nel computo naturale si conta da momento a momento: *a momento ad momentum* (fr. 6, *Dig. de usurpat.* XLI, 3), vale a dire, il tempo non si reputa decorso, finchè l'ultimo minuto non è spirato; nel computo civile si ritiene per spirato il tempo, appena l'ultimo giorno del medesimo è incominciato, lochè esprimono col noto ditterio: *Dies novissimus cœptus, pro jam completo habetur* (fr. 8, *Dig. de feriis,* II, 12; fr. 1, § 5 e 6, *Dig. quando appell.,* XLIX, 4; fr. 15, *prin. Dig. de divers. temp. præscript.* XLIV, 3; fr. 134, *Dig. de verb. signif.,* L, 6). I Romani generalmente negli affari giuridici, adoperavano questo computo civile; del naturale si valevano per eccezione, nel caso che il tempo fosse apposto all'acquisto di un diritto, o di una qualità.

Nel computare il tempo, in diritto Romano si noverano indistintamente tutti i giorni, (*tempus continuum;* vedi fr. 8, *Dig. de his qui not.*, III, 2; fr. 7, *Dig. quemad. servit. amit.*, VIII, 6; fr. 31, § 1 *Dig. de usurpat.*, XLI, 3); tuttavolta per eccezione, nei casi *specialmente indicati dalla legge,* nel tempo non si computano i giorni in cui non è possibile procedere in giudizio (*experiundi potestatem habere*), come in antico erano i giorni *nefasti,* ed allora questo tempo si chiama *utile* (*utile tempus*). Vedi fr. 2, *Dig. quis ordo in poss*, XXXVIII, 15; fr. 1, *Dig. de div. temp. præscript.*, LXIV, 3. Il tempo utile assegnato all'esercizio di un diritto non comincia a decorrere, se non dal momento in cui si è avuto la notizia del fatto, che ha dato origine al diritto (fr. 6, *Dig. de calumn.,* III, 6; fr. 55, *Dig. de ædil. ed.,* XXI, 1; *cost.* 19, 22, § 2, *Cod. de jure delib*). Nel computare i mesi e gli anni, si sta al calendario; ma trattandosi del complesso di più mesi, comunemente in diritto Romano sono computati di 30 giorni ciascheduno (fr. 28 e fr. 31, § 22, *Dig. de ædil. ed.*, XXI, 1; *cost. ult.*, § 2 e 11, *Cod. de jure delib.*, VI, 30). - L'anno si computa di 365 giorni ancorchè sia bisestile, perocchè in questo caso il 24 febbrajo, giorno intercalare, si ritiene come facente parte del 25 febbrajo (fr. 2, *Dig. de divers. temp. præscript.*, LXIV, 3); il 24 si chiama *sextus posterior,* ed il 25 *sextus prior.* (fr. 3, § 3, *de minor.*, IV, 4; fr. 98, *Dig. de verb. signif.,* L. 16).

C) *Conservazione, ed assicurazione dei diritti.*

§ 233. Mezzi per conservare i diritti sono: *a*) la *protesta, b*) la *riserva*; mezzi per assicurarli sono: *a*) le *cauzioni, b*) le *immissioni in possesso, c*) i *sequestri*, *d*) le *ritenzioni*, *e*) il *giuramento.*

§ 234. *a*) La *protesta* è una dichiarazione con la quale si reclama contro le conseguenze pregiudicevoli, che da un fatto passato, presente o futuro si potrebbero dedurre contro di noi (fr. 20, § 1 *Dig. de acq. vel amit. hered.,* XXIX, 2; fr. 16, *Dig. de S. C. Maced.*, XIV, 6).

b) La *riserva* è una specie di protesta, che non intendiamo rinunziare ai diritti, cui per un fatto nostro, potrebbe supporsi avere noi rinunziato (fr. 4, § 1, *Dig. quib. mod. pign. solv.,* XX, 6; fr. 77, *Dig. de contrah. empt.*, XVIII, 1).

§ 235. *a*) Le *cauzioni* sono prestazioni di garanzia, che comune-

mente si sogliono richiedere dal creditore al debitore, come la mallevadorìa (garanzia *personale*), il pegno e l'ipoteca (garanzie *reali*).

b) L'*immissione in possesso* (*missio in possessionem*) che il giudice può concedere o di una cosa (*missio in rem*), o dell'intiero patrimonio altrui (*missio in bona*), dà un diritto di pegno, ma congiunto all'obbligo di amministrare la cosa o il patrimonio (fr. 1, *Dig. quib. ex causs. in poss.*, XLII, 4; fr. 1 e 3, *ne vis fiat*, (XLIII, 4). - Talvolta discendono da questa immissione anche maggiori diritti; lo vedremo in appresso.

c) Il *sequestro* è il deposito di una cosa tolta alla persona che poteva farla pericolare, ed affidata alla custodia di un'altra, finchè non sia deciso chi abbia diritto su quella cosa (fr. 110, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 6, e fr. 17, *Dig. depositi*, XVI, 3).

d) La *ritenzione* di una cosa è la facoltà (*jus retentionis*), che talora la legge ci accorda, di conservarla in nostre mani, finchè non sia stata fatta ragione ai diritti che abbiamo su quella cosa, o per relazione alla medesima (fr. 27, § 5 e fr. 48, *Dig. de rei vind.*, VI, 1), perchè per esempio abbiamo speso per acquistarla o conservarla, o perchè ci ha recato un danno. L'*jus retentionis* non compete mai a chi è venuto in possesso in una maniera illegale della cosa che vuol ritenere (fr. 25, *Dig. de pignor.*, XX, 1; *cost.* 1, *Cod. unde vi*, VIII, 4).

e) Il *giuramento* di per sè non crea un'obbligazione, ma conferma e così assicura un'obbligazione principale già esistente, cui accede. Per diritto Romano, se l'obbligazione principale fosse nulla, nullo sarebbe pure il giuramento (fr. 7, § 16, *Dig. de pactis*, II, 14; *cost.* 5, § 1 *Cod. de legibus*. I, 14). Ma per diritto Canonico (in questa parte seguitato in molti paesi) il giuramento, purchè non abbia per scopo una cosa illecita o contraria ai diritti dei terzi, dà efficacia giuridica ad una promessa, che di per se sola ne mancherebbe.

D) *Perdita dei diritti.*

§ 236. Acquistato un diritto, questo dura finchè non venga perduto pel verificarsi di una causa legale. La perdita di un diritto, non si presume mai, ha da essere provata (fr. 12, *Dig. de probat.*, XXII, 3; *cost.* 1, *Cod. eod.*, IV, 19). La causa giuridica della

perdita di un diritto, può dipendere dalla volontà della persona cui il diritto appartiene, o può esserne indipendente.

§ 237. *a*) Dipende da quella volontà nella *renunzia,* e nell'*alienazione.* La renunzia (*renunciatio*) è l'abbandono spontaneo di un diritto senza trasferirlo in altri. È permessa quando chi renunzia abbia la facoltà di disporre del diritto renunziato, e conosca esattamente l'oggetto della renunzia (*cost.* 29, *Cod. de pactis,* II, 3; fr. 174, § 1, *Dig. de regulis juris,* L, 17). La renunzia fatta nelle debite forme, è irretrattabile (*cost.* 11, *Cod. de rebus creditis,* IV, 1). *L'alienazione*, è la *traslazione spontanea di un diritto, fatta da chi lo aveva, ad un terzo.* In un senso più ristretto della parola, alienazione significa: la *traslazione della proprietà di una cosa dall'antico proprietario nel nuovo* (fr. 67 *prin. Dig. de verb. signif.*, L, 16); e nel senso più ampio e generale stà a significare: qualunque alterazione specifica nello stato attuale del nostro patrimonio ancorchè non lo diminuisca, e così comprende la costituzione di un pegno, di una ipoteca, di una servitù, di una enfiteusi, la quietanza fatta ad un debitore che ha pagato il suo debito ec. (*cost.* 7, *Cod de rebus al. non al.*, IV, 51). La semplice renunzia ad un guadagno, ad un aumento futuro di beni, (come ad una eredità, o ad un legato) non è alienazione (fr. 6, § 2, *Dig. quæ in fraud. cred.*, XLII, 8).

b) La perdita di un diritto si verifica *indipendentemente dalla volontà* della persona cui esso spetta, per moltissime cause legali, di cui accenneremo qui solamente le precipue. Un diritto conceduto per un tempo determinato, o fino al verificarsi di un evento posto in condizione, cessa con lo spirare di quel tempo, o con la verificazione di quell'evento. Un diritto conceduto dalla legge con la espressa minaccia, che l'abuso di quello ne cagionerà la perdita, a titolo di pena, si perde abusandone. I diritti personali in genere, si perdono morendo la persona, che ne è l'obietto. I diritti personali derivanti dallo stato o condizione civile del loro subietto, si perdono mediante il mutamento di quello stato. I diritti personali derivanti da relazioni di famiglia, si perdono con la cessazione di quelle relazioni. I diritti patrimoniali reali, cessano generalmente con la distruzione della cosa obietto dei medesimi; e i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio, con lo scioglimento del vincolo obbligatorio. La morte del subietto del diritto estingue i diritti personali, non estingue i diritti patrimo-

niali; questi passano invece nella persona dell'erede, che si dice seguitare o continuare la personalità del defunto. Finalmente quando la legge riconosce e sanziona un diritto, che esclude e distrugge direttamente l'esistenza di un altro diritto, (come p. e. nel caso dell' *usucapione*) o almeno rende impossibile lo esercizio di quel primo (come p. e. nel caso delle *prescrizioni*); quel primo si estingue, o almeno si ha per estinto, perchè rimane inefficace.

§ 238. Nelle società civili per far valere i diritti privati che le leggi riconoscono e sanzionano, il cittadino deve di regola ricorrere all'autorità dei magistrati istituiti a quest'uopo; e non deve adoperare la forza privata o la violenza; non deve insomma farsi ragione da sè; altrimenti incorre in pene criminali e civili, che nel diritto Romano erano fissate dalla *legge Julia de vi*, e da altre disposizioni legislative più speciali, che saranno ricordate altrove. Ciò nonostante, dalle leggi romane è permesso al possessore di difendere con la forza una cosa posseduta giustamente, quando altri voglia con la violenza spogliarnelo; *vim vi repellere licet*, (fr. 1, § 27, *Dig. de vi, et vi armata,* XLIII, 16; *cost.* 1, *Cod. unde vi,* VIII, 4). Come pure è lecito al possessore ripigliare immediatamente dopo l'atto dello spoglio, (*in ipso congressu*), la cosa violentemente toltagli (fr. 17, *Dig. de vi et vi armata,* XLIII, 16). Ma all'infuori di questi casi, ripetiamolo, è giuoco forza invocare in giudizio l'intervento dei magistrati per ottenere giustizia. I mezzi per far valere in giudizio i propri diritti hanno, complessivamente considerati, il nome di *azioni.* La voce *azione* in questo suo più ampio significato esprime dunque: *ogni mezzo giuridico, mediante il quale si fanno valere o si difendono i propri diritti dinanzi all'autorità competente;* ed in questo significato la voce *azione* comprende non soltanto le azioni propriamente dette, ma ancora le *eccezioni*, gli *interdetti*, e le *restituzioni in intiero.* Ma non è questo il luogo opportuno per trattare delle azioni in generale, e nemmeno delle azioni propriamente dette, cioè: *dei mezzi giuridici per far condannare dal giudice taluno, a dare, a fare, od astenersi dal fare, o a prestare ciò che abbiamo diritto di esigere da lui.*

LIBRO PRIMO.

DELLE PERSONE E DEI DIRITTI PERSONALI.

SEZIONE PRIMA.

DELLE PERSONE IN GENERALE.

§ 1. Ogni diritto presuppone un subietto. *Ogni ente capace di essere subietto di diritti* dicesi *persona.* Abbiamo detto ogni ente, perchè non solamente l'uomo può essere *persona.* La legge infatti crea delle persone, erige in persona lo Stato, la Città, il Municipio, insomma delle associazioni di uomini; erige in persona il fisco, la causa pía, insomma un insieme di beni e di diritti. Questi enti, che la legge erige in persone, chiamansi persone *giuridiche* o *morali.*

§ 2. Distinzione capitale delle persone è dunque quella di *persone fisiche* o *persone naturali*, e di *persone morali* o *persone giuridiche.* Questa terminologìa *persone fisiche, persone giuridiche,* non è propria del linguaggio tecnico dei romani giureconsulti. Il diritto Romano distingueva senza meno queste due categorie di persone, ma mentre per designare la persona fisica, adoperava l'espressione *singularis persona,* non aveva una espressione generica, equivalente alla nostra: *persona giuridica.* In contrapposto a *singularis persona,* troviamo dai Romani adoperate le voci di specie: *corpus, collegium, universitas, curia, populus etc. etc.*

§ 3. In diritto Romano, non ogni uomo è *persona,* vale a dire non ogni uomo è *subietto* di diritti; la legge non riconosce in tutti gli uomini *capacità giuridica,* ossia *giuridica personalità;* non la riconosce, per esempio, ai *servi.* [1] Bisogna dunque dire che pel diritto Romano la *persona fisica* è *l'uomo in quanto gli*

[1] Appena occorre dire che pel Codice Civile italiano tutti gli uomini sono *persone;* la schiavitù è ignota alla nostra legislazione.

viene riconosciuta capacità giuridica. Non tutti gli uomini hanno uguale naturale capacità ai diritti, nè l'hanno uguale in tutte le epoche della vita; e le leggi civili pure non riconoscono in tutti nè in tutti i tempi *uguale* capacità giuridica; la capacità giuridica di alcuni, ed in certe epoche, è limitata; di qui deriva che diversa si dice essere la *personalità giuridica* degli uomini (capaci in genere di diritto), ossia delle persone fisiche.

§ 4. I Romani dicevano *persona* la maschera della quale si servivano i comici nel recitare, dal verbo *personare,* risuonare; la maschera essendo appunto adoperata a fare più sonora la voce. Dalla maschera il nome di *persona* passò alla parte, al carattere rappresentato dall'attore, e fu detto *persona patris, persona servi* e simili, per indicare la parte di padre, di servo e via discorrendo. La vita sociale potendo essere considerata come un dramma, in cui tutti gli uomini fanno una parte, forse per questo gli attori di cotal dramma si dissero *personæ;* e persona significò per cotal guisa ancora l'uomo, considerato per riguardo alla parte che sostiene nella società, alla veste civile, secondo la quale gode dei benefizi della legge, esercita dei particolari diritti, e soggiace a dei particolari doveri (vedi FORTI, *Istit.,* lib. II, cap. 1). In questo senso della parola *persona* fu detto, che l'uomo può sostenere più persone o più parti (*substinere plures personas*), vale a dire, rivestire più caratteri, un carattere pubblico p. e. ed un carattere privato (*persona publica, persona privata*). Allorquando un uomo riveste in siffatta maniera più caratteri o qualità (*plures personas sustinet*), importa osservare in quale qualità egli agisce; e vuolsi ritenere, che quello che egli fa in una qualità, non può di regola pregiudicare nè giovare, a quanto potrebbe fare in una qualità diversa (*Inst.,* § 4 e 5, *de inoff. testam.,* II, 18; fr. 3, *Dig. de adopt. et emancip.*; I, 7).

§ 5. Le persone *giuridiche* o *morali* sono poi *esseri fittizi, e non persone fisiche, cui ciò non pertanto la legge attribuisce una capacità ad alcuni diritti.* Nella Società, per uno sforzo di astrazione, furono considerate come persone, delle istituzioni, o degli stabilimenti, e delle corporazioni, che avendo un fine da conseguire, si volle avessero le facoltà di servirsi dei mezzi per raggiungerlo, ossia dei diritti. Le leggi diedero a questi enti ideali una esistenza civile, una certa *capacità giuridica,* e le fecero *persone giuridiche.*

§ 6. Queste persone giuridiche sono di due specie:

a) O sono un'associazione di uomini che si riuniscono col beneplacito dello Stato, per un fine utile e determinato, associazione che lo Stato riconosce come subietto di diritti, e che contempla come una *persona giuridica,* bene distinta e diversa dalle persone fisiche, ossia dagli uomini, che la compongono:

b) O sono un aggregato di diritti e di beni, destinati a produrre un fine utile alla Società, onde resulta un' istituzione, una fondazione, uno stabilimento, che non si compone di persone, ma di cose, amministrato da un essere intelligente ed attivo. Il substrato di quelle persone giuridiche, che consistono in un' associazione di uomini, cioè delle corporazioni (*universitates personarum*), sono appunto gli uomini associatisi; il substrato di quelle persone giuridiche, che consistono in un'aggregazione di diritti e di beni (*universitates bonorum*), lo sono appunto questi beni.

§ 7. L'azione delle leggi sulla capacità ai diritti delle *persone fisiche,* è ben diversa dall'azione delle leggi sulla capacità ai diritti delle persone giuridiche. Le persone fisiche hanno per natura capacità ai diritti; le leggi civili prendono soltanto a regolare quella loro *capacità naturale,* la riconoscono, la sanzionano, la modificano estendendola o limitandola, la traducono in *capacità giuridica* o *civile.* Le persone giuridiche, per natura non avrebbero capacità ai diritti, perchè enti fittizi e ideali che non cadono sotto i sensi; ma nello ammetterli le leggi positive o civili attribuiscono loro quella capacità. Due sono dunque le condizioni necessarie per la origine e formazione delle persone giuridiche in generale:

1° L'esistenza di un substrato, cui la legge dà capacità giuridica;

2° Una disposizione legislativa, che dà a quel substrato cotal capacità.

§ 8. Le persone fisiche hanno dei diritti sulle *persone* e sulle *cose;* sulle *persone,* cioè sulla persona *propria,* o sulle persone *altrui;* sulle *cose,* cioè sopra *cose corporali,* o sopra *azioni, prestazioni* o *servigi* che altre persone hanno l'obbligo di eseguire a loro vantaggio; hanno dunque dei diritti *personali,* e dei diritti *patrimoniali*, e fra i diritti personali, dei diritti personali di *condizione civile,* e dei diritti *personali di famiglia;* fra i diritti patrimoniali, dei diritti *patrimoniali reali,* dei diritti *patrimoniali emer-*

genti da un rapporto obbligatorio, non che dei diritti di ***successione ereditaria***, (vedi *Introd.*, sez. 4ª, § 224, lett. *c*). Le persone giuridiche non godono di tutti questi diritti; la legge accorda loro quelli soltanto che sono necessari alla loro ***speciale esistenza***, ***al loro modo di essere*** ed al loro scopo limitato, esistenza e scopo tanto diversi da quelli dell'uomo. Di questi più limitati diritti delle persone giuridiche, noi tratteremo fra breve; intanto passiamo a dichiarare quali sieno i diritti personali.

SEZIONE SECONDA.

DEI DIRITTI PERSONALI.

§ 9. I diritti personali, sono, lo abbiamo detto, di due specie:

I. Diritti di condizione civile.

II. Diritti di famiglia.

Di questi diritti tratteremo in due titoli separati.

TITOLO PRIMO.

DIRITTI DI CONDIZIONE CIVILE.

§ 10. Diversa è la condizione civile delle persone fisiche, e la condizione civile delle persone giuridiche, diversi i diritti inerenti a queste condizioni; onde il bisogno di esporre separatamente quelli propri delle une, e quelli propri delle altre; ed il bisogno di dividere questo titolo in due *parti*.

PARTE PRIMA.

Diritti di condizione civile delle persone fisiche.

§ 11. Le leggi civili o positive Romane nel trasformare la ***capacità naturale*** dell'uomo ai diritti, in *capacità giuridica,* nel riconoscere e sanzionare insomma quali sono le facoltà, che insieme compongono la sua ***personalità*** *giuridica,* si dipartono da due considerazioni diverse:

a) Che l'uomo ha una *capacità naturale ai diritti*, diversa a seconda delle sue naturali modificazioni di età, di sesso, di salute.

b) Che la *capacità naturale ai diritti nell' uomo* deve nella società, per ragioni di ordine pubblico, andare sottoposta a delle modificazioni sociali o politiche derivanti dal suo stato di uomo libero, di cittadino, di membro di una famiglia; e dalla sua posizione di uomo avente una certa religione, una determinata professione, un particolare domicilio. Vediamo queste modificazioni *naturali* dell' uomo, e queste modificazioni *sociali* quali effetti abbiano sulla *capacità giuridica* o *giuridica personalità*.

CAPITOLO I.

MODIFICAZIONI NATURALI.

A questa categorìa appartengono:
A) L' età, *B*) il sesso, *C*) la salute.

A) Età.

§ 12. Appena l' uomo è concepito, egli vive una vita uterina dipendente da quella della madre. Il diritto Romano lo considera qual parte delle viscere materne: *mulieris portio, vel viscerum* (fr. 1, § 1, *Dig. de inspic. vent.*, XXV, 4), e più presto come speranza di uomo, che come uomo (fr. 9, § 1, *Dig. ad legem Falcidiam,* XXXV, 2). Ciò nonostante, quei diritti che egli acquisterebbe se fosse nato, glieli preserva per l' epoca del suo nascimento; ed a tale effetto lo ritiene come se già fosse nato; quindi il broccardico: *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur* (fr. 7, 26, *Dig. de statu hominum,* I, 5; fr. 7 *prin., de rebus dubiis,* XXXIV, 5). Così, p. e., se taluno morendo lascia un figlio, e la moglie incinta, nel dividere la eredità del defunto si ha riguardo ai diritti del nascituro, ed alla possibilità che tre figli insieme vengano da una donna dati alla luce in un solo parto (fr. 3, *Dig. si pars hered. pet.,* V, 4); dovranno dunque lasciarsi tre porzioni per i tre possibili nascituri: quando poi sarà certo che un solo figlio fu partorito, allora si procederà alla divisione di quelle due porzioni rimaste vacanti, fra il neonato, ed il suo maggiore fratello. Alla difesa dei diritti del nascituro, la legge prepone un Curatore (fr. 20 *princ., Dig. de tut. et curat.,* XXVI, 5); e siccome la conservazione del nascituro dipende da quella della madre sua, essa è mantenuta coi beni che poi spetteranno al figlio (vedi il titolo, *de ventre in poss. mitt., Dig.* XXXVII, 9).[1]

[1] Concorda l'art. 236 del Codice Civile italiano.

§ 13. La vera capacità ai diritti comincia nell'uomo nel momento in cui si può dire *nato.* L'uomo è *nato* quando ha *vissuto dopo il suo assoluto distacco dalla madre;* questo distacco, o avvenga naturalmente o per operazione chirurgica (ciò poco importa), deve essere completo, *assoluto* (*cost.* 3, *Cod. de posth.*, VI, 29), e l'infante *deve avere vissuto dopo* di quello. Anticamente per provare che aveva vissuto, si richiedeva la prova che avesse fatto udire la sua voce; ma Giustiniano si contentò di qualunque altra prova di vita (*cit. cost.* 3, *Cod. de posth.*). Se l'infante muore prima di essere separato dalla madre, o muoia nell'alvo materno, o muoia nel tempo del parto, non si può dire che sia nato vivo, e però non può trasmettere in altri dei diritti, che egli non ha per anco acquistati. Ma se ha vissuto, sia pure un istante, dopo la sua assoluta separazione dalla madre, acquista diritti, e col morire li trasmette.

§ 14. Ritenevano gli antichi interpreti del diritto Romano che la capacità ai diritti si acquistasse dopo essere *nati vivi* e *vitali;* oltre la *vita*, cioè, esigevano la *vitalità;* come si esige dal Codice Civile italiano, art. 1083, art. 724, nº 2. La vitalità deducevano dalla *maturità* del neonato; di quì derivava che dicessero *non vitale* l'infante nato prima del decorrere di centottantadue giorni dal concepimento; ed appoggiavano questa teoria sul fr. 12, *Dig. de statu hominum,* I, 5. Ma per verità quel frammento non dice altro, se non se: essere possibile che sia *legittimo* un infante nato centottantadue giorni dopo il matrimonio; perchè, secondo l'opinione di Ippocrate, un feto di sei mesi può essere vitale.[1] Quel frammento adunque, si riferisce più alla *legittimità* che alla *vitalità* (Vedi Savigny, *Sist. di D. Rom.,* append. III, vol. 2), o per meglio dire, non pone la vitalità qual condizione della capacità ai diritti. I giureconsulti romani richiedevano all'acquisto della capacità ai diritti, che l'essere nato *vivo* fosse esteriormente conformato come un uomo. Negavano quella capacità al parto *mostruoso,* privo, cioè, affatto di forme umane (*monstrum, prodigium*)*;* la riconoscevano al parto in cui occorre un deviamento, o per eccesso o per difetto, dalla ordinaria conformazione umana (*ostentum*) vedi la cit. *cost.* 3, *Cod. de posth.,* ed i fr. 14, *Dig. de statu hom.,* I, 5, e 12, § 1 *Dig. de liberis,* XXVIII, 2. Alcuni interpreti del diritto Romano hanno sostenuto che la testa fosse il segno caratteristico per distinguere il *monstrum* o *prodigium* dall'*ostentum,* e lo

[1] Concorda l'art. 160 del Codice Civile italiano.

hanno dedotto dal fr. 44, *Dig. de religiosis,* XI, 7; nel quale per verità si dice soltanto, che supposto un cadavere squarciato in più brani, sepolti separatamente in luoghi diversi, *religioso* diviene unicamente il luogo ove è sepolta la testa. Oggimai si riconosce da tutti che la donna non può generare se non che una creatura umana, e perciò si rigetta la distinzione romana fra *monstrum* ed *ostentum*, agli effetti giuridici.

§ 15. Il diritto Romano prendendo a norma la natura, distinse l'età e la conseguenziale capacità ai diritti in più gradi successivi;[1] ma nella sua rozzezza e nel suo materialismo primitivi, ebbe riguardo principalmente a due fenomeni sensibili: la *parola* e la *facoltà di generare;* la *parola,* perchè gli atti del primitivo diritto civile Romano si ponevano in essere mediante formule solenni e sacramentali, che faceva di mestieri pronunziare da sè; onde il non parlante era incapace di simili atti; nè si ammetteva che altri

[1] Il Codice nostro non fa menzione di tutte le distinzioni romane fra infante, impubere, pubere, minore o maggiore di 25 anni. Stabilisce la maggiorità ai 21 anno, dicendo che è minore chi non ha ancora compiuto gli anni 21 (art. 240).

I minori sono sottoposti alla patria potestà, o alla tutela. I loro legittimi rappresentanti (genitore o tutore) *fanno per loro tutti gli atti civili,* hanno *cura della loro persona,* e ne amministrano i beni (art. 224 e 277). — I minori non possono contrarre matrimonio prima dei 18 anni se maschi, e prima di 15 se femmine (art. 55), ma con la dispensa del re, possono essere ammessi al matrimonio, se maschi, compiuti i 14 anni, e se femmine, compiuti i 12 (art. 68). — Non possono fare testamento nè donare, se non hanno compiuto l'età di 18 anni (art. 763, 1052, 1386). — Non si possono obbligare *da se soli irrevocabilmente* per contratto; ma chi contratta con loro rimane obbligato (art. 1107); essi hanno un'*azione di nullità* esperibile per *cinque anni* a contare dal dì della loro maggiorità, contro gli atti conclusi senza i loro legittimi rappresentanti (art. 1303, n° 1); quell'azione passa ai loro eredi; ma questi non possono esercitarla se non entro quel tempo che rimaneva ai loro autori (1304). I minori possono opporre l'eccezione di nullità, se sono convenuti per l'esecuzione di contratti che avrebbero potuto attaccare come nulli (art. 1302). Tale azione di nullità non può essere sperimentata da loro: 1° se con raggiri o mezzi dolosi occultarono la loro qualità di minori: 2° se rivolsero a proprio vantaggio ciò che fu loro pagato (art. 1305 e 1307).

Giunti ai 18 anni, i minori possono essere emancipati; l'emancipazione è per loro un' *abilitazione*, ma *parziale;* dalla tutela, o dalla patria potestà passano *nella cura* (art. 314 e 315) nella quale rimangono fino a 21 anno. — Quale sia la condizione giuridica degli *emancipati* lo vedremo in seguito.

I minori sono pareggiati ai maggiori per le obbligazioni nascenti da delitto, o quasi delitto (art. 1306), ma i loro legittimi rappresentanti sono responsabili dei danni da essi cagionati, che avrebbero potuto impedire (art. 1153).

La vecchiezza anche pel Codice nostro, esonera da uffizi pubblici, per esempio dalla tutela ai 65 anni (art. 273, n° 2; a questa età si va esenti anche dall'arresto personale (art. 2097, n° 2).

La vita e la morte non si presumono; bisogna provarle.

Se fra due o più chiamati respettivamente a succedersi, è dubbio quale primo abbia cessato di vivere, chi sostiene anteriore la morte dell'uno o dell'altro, deve darne la prova; in mancanza di prova, si presumono morti tutti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro (art. 924).

potesse farli per lui; *la facoltà di generare,* come ***condizione essenziale*** al matrimonio. A questi criterii puramente materiali, per opera del pretore e poi degli imperatori fu sostituito, o almeno posto a lato, un criterio più giusto e più spirituale: lo svolgimento delle facoltà dell'intelletto.

§ 16. *L'infanzia* è il primo periodo della vita umana; ***infante*** (***infans***) è parola che indica la mancanza della parola; ***infans*** significa *non fans* (*qui fari non potest*). L'infante è per diritto Romano incapace di fare qualunque atto, tuttochè a lui vantaggioso (fr. 1, § 13, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7). Nell'antico diritto, ripetiamolo, quest'incapacità derivava dall'incapacità tutta materiale di articolare le parole sacramentali richieste al compimento di qualsivoglia giuridico negozio; in seguito quell'incapacità derivò dalla considerazione che l'infante non ha volontà razionale (*nullum intellectum*). L'infanzia, la cui durata nel diritto Romano primitivo non era stata formalmente stabilita, venne poi estesa fino ai sette anni (fr. 1, § 2, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 14, *Dig. de spons.*, XXIII, 1). Gli infanti sono sotto la protezione del padre o del tutore, che vegliano alla loro educazione ed alla conservazione dei loro diritti. Li acquistano per loro, e li esercitano, ma per conservarli.

§ 17. All'infanzia succede l'***impubertà*** la quale si estende fino ai quattordici anni nei maschi, ai dodici nelle femmine. Nel più antico diritto Romano, l'impubertà si estendeva fino all'epoca in cui l'*habitus corporis* dimostrasse la capacità alla generazione, ed i Sabiniani fedeli a questo principio, esigevano sempre l'ispezione oculare per giudicare della pubertà; i Proculeiani invece, mossi dalla considerazione dell'incertezza di quel riscontro e della sua indecenza, sostenevano che si dovesse stabilire un'epoca fissa, uguale per tutti, qual principio della pubertà. Giustiniano adottò la loro opinione (Gajo, *Inst., Com.*, I, § 196. *Inst. Imp., quibus mod. tut. fin. prin.*, I, 22; *cost ult. Cod., quando tut. vel curat. esse desin.,* V, 60). Gli impuberi si distinguevano dai giureconsulti romani in *infantiæ et pubertati proximi,* secondo che la loro età più si accostava all'infanzia, od alla pubertà. I primi non li riconoscevano criminalmente imputabili, e li parificavano in questo agli infanti; i secondi invece li credevano moralmente responsabili delle loro azioni, e perciò imputabili pei loro fatti illeciti (fr. 23, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Gli impuberi sono, per diritto Ro-

mano, incapaci di tutti quei negozi giuridici, che potrebbero arrecare loro un nocumento, non possono per conseguenza *obbligarsi*, nè *alienare;* ma hanno la capacità di *acquistare*, ed *i terzi si obbligano validamente* verso di loro (*Inst., Tit de auct. tut. prin.*, I, 21). In mancanza del padre o dell'avo, un tutore li assiste, e con la propria capacità completa la loro, aggiungendovela (*auctoritatem præstare, auctor fieri*); ma non li rappresenta, nè tratta gli affari per loro, come fa per gli infanti (*negotia gerere*). Il tutore non può col suo intervento abilitarli (come, a più forte ragione, non può abilitare gli infanti) a far testamento; comecchè per questo atto si richieda un'intelligenza assolutamente propria ed indipendente; non può neppure abilitarli a contrarre matrimonio, perchè sono nella impossibilità di adempire alle obbligazioni che ne derivano, le quali esigono un adempimento personale.

§ 18. All'impubertà succede la *pubertà*. Nell'antico diritto Romano, i puberi godevano di piena capacità ai diritti; avevano la libera disponibilità del loro patrimonio; potevano agire, ed obbligarsi a loro talento; ma per l'inesperienza loro, venendo facilmente e di frequente ingannati e pregiudicati nei loro interessi, le leggi li presero sotto una speciale protezione fino ai venticinque anni. La prima legge, che venne in loro soccorso fu la legge *Plætoria* o *Lætoria*, dalla quale derivò la distinzione fra maggiori di venticinque anni e minori di venticinque anni (*majores, minores XXV annis*) L'infamia e la pena pecuniaria, minacciate da questa legge, a coloro che avessero circonvenuto un minore di 25 anni, non riuscendo sufficienti a sua salvaguardia, il pretore gli accordò altri privilegi fra i quali l'importantissimo della *in integrum restitutio* (vedi il *Tit. de minoribus XXV ann., Dig.* IV, 4); inoltre le leggi fissarono quali negozi giuridici non potessero dai minori di venticinque anni venire conclusi senza un curatore; lasciando per gli altri affari in loro libertà il chiederlo, o no. La speciale protezione con la quale le leggi circondarono i minori di venticinque anni, i rimedi straordinari loro accordati perchè si sottraessero ai pregiudizi patrimoniali derivanti dalla loro inesperienza, riuscivano di ostacolo per loro nella trattazione di molti affari; si trovarono dunque talvolta nel caso di desiderare di venire parificati ai maggiori, e di chiederlo, impetrando la *venia ætatis*. Gli imperatori la concederono loro, ma purchè avessero compiuto i venti anni se maschi, i diciotto se femmine; avessero mostrato

con una condotta regolata e prudente, maturità di senno, e capacità agli affari; e purchè quella dispensa apparisse evidentemente vantaggiosa per loro (*cost.* 2, 3, 4, *Cod. de his qui veniam ætatis impet.*, II, 45). La *venia ætatis* non li autorizzò mai ad alienare i loro beni immobili. Compiuti i 25 anni, l'uomo essendo giunto al massimo svolgimento delle sue facoltà intellettuali ed avendo già raccolto i tesori dell'esperienza, viene dalle leggi civili riconosciuto come assolutamente capace all'esercizio di tutti i diritti, e capace di qualunque obbligazione legalmente contratta.

§ 19. La vecchiezza non altera la capacità naturale ai diritti; le leggi riconoscono la vecchiezza soltanto qual causa giusta per esonerare da alcuni uffici pubblici, onerosi troppo per chi piega sotto il peso degli anni. Nelle Pandette e nel Codice, chi ha compiuto i settanta anni è dispensato da qualunque *munus publicum*, e specialmente da quello della tutela (fr. 3 e 5 *prin., Dig. de jure imm.*, L, 6; *cost.* 10, *Cod. de decur.*, X, 31), e chi ha compiuto i cinquantacinque anni può ricusare di sobbarcarsi all'uffizio di Decurione (fr. 2, § 8 e fr. 11, *Dig. de decur.*, L, 2; *cost.* 3, *Cod. qui æt. vel profess.*, X, 49).

§ 20. L'esistenza dell'uomo finisce con la morte. La vita e la morte di alcuno non si presumono mai; bisogna provarle. Provata la vita, si presume che duri fino a prova in contrario. Ciò non pertanto, stando allo spirito del diritto Romano, che considera il secolo come limite massimo della vita umana, si dovrebbe ritenere per morta una persona scomparsa, e di cui non si ebbe più contezza, la quale se vivesse avrebbe compiuto i cento anni. (fr. 56, *Dig. de usufr.*, VII, 1; *cost.* 23, § 1 *in fin., Cod. de Sacros. Eccles.*, I, 2). In molti luoghi, la pratica, sull'autorità del Salmo XC v. 10, che considera i settanta anni come termine ordinario della vita, ritiene morto l'assente, di cui si ignora se seguiti la vita, che avrebbe compiuto i settanta anni; e se l'assente fosse stato settuagenario quando partì, lo ritiene come morto, cinque anni dopo la sua partenza.[1] Se più persone periscono nello stesso in-

[1] Il Codice Civile italiano, alla pari dei Codici moderni tutti, contiene sulla materia dell'assenza disposizioni ignote al diritto Romano, che andiamo compendiosamente ad esporre. Distingue tre periodi: 1° di *presunzione di assenza*; 2° di *dichiarazione di assenza*; 3° di *presunzione di morte*.

1° *Presume assente* la persona che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio, o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie (art. 20). Durante questa *presunzione di assenza*, se l'assente non lasciò procuratore, il Tribunale, sull'istanza degli interessati o del ministero pubblico,

fortunio, come un incendio, un'inondazione, un naufragio, una ruina, nè si può constatare chi delle medesime sia morta prima, le leggi fissano le seguenti presunzioni:

gli nomina un rappresentante, e ordina i provvedimenti che sieno necessari alla conservazione del suo patrimonio (art. 21).

2° Dopo *tre anni* continui di assenza, o dopo *sei*, se l'assente lasciò un procuratore per amministrare, chiunque creda di avere dei diritti sui beni dell'assente dipendenti dalla morte di lui, può chiedere al Tribunale la *dichiarazione dell'assenza* (art. 22). Il Tribunale, prese le opportune informazioni, pronunzia la sentenza dichiarativa dell'assenza, e la notifica e pubblica due volte ad un mese di intervallo fra ogni pubblicazione (art. 23, 24, 25). Trascorsi *sei mesi* dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa l'assenza, il Tribunale ordina sull'istanza degli interessati e del pubblico ministero l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, se ve ne sono. Allora gli eredi testamentari o legittimi dell'assente e i legatari, i donatari e gli altri aventi diritti sui beni dell'assente, possono chiedere ed ottenere la *immissione nel possesso temporaneo* dei beni sui quali pretendono aver diritto, previo inventario dei mobili, descrizione degli immobili, e *cauzione* o altra cautela ordinata dal Tribunale (art. 26 e 27). Mediante tale immissione, gli immessi ottengono l'amministrazione dei beni dell'assente, il diritto di promuoverne in giudizio le ragioni, ed il godimento totale o parziale delle rendite, ma non possono fare alcun atto eccedente *la semplice amministrazione* (art. 28, 29). Contro costoro deve agire chi ha da sperimentare ragioni verso l'assente (art. 35). Il godimento della rendita è *totale* per gli ascendenti, discendenti e pel conjuge (art. 30); *parziale* per gli altri. — Senonchè i parenti entro il *sesto grado* debbono *riservare il quinto delle rendite* nei *primi 10 anni* dell'assenza, ed *il decimo delle rendite*, nel seguito sino *a* 30 *anni;* i parenti in grado *più remoto del sesto*, e gli *estranei* debbono riservare il *terzo* nei primi 10 *anni*, ed il *sesto* nel seguito fino a 30 anni. — Dopo 30 anni la totalità delle rendite appartiene sempre ed in ogni caso agli immessi nel possesso (art. 31). — Se l'assente ritorna mentre dura quest'immissione, è provata la sua esistenza, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, e il tornato può farsi restituire i beni e le *porzioni riservate* per legge (art. 33). — Provata la morte dell'assente, dal giorno della sua morte si ha per aperta la sua successione, ed a' suoi eredi debbono restituirsi i beni e le porzioni riservate (art. 34).

3° Se l'assenza fu continuata per lo spazio di 30 anni dopo l'immissione nel possesso temporaneo, o se sono trascorsi 100 anni dalla nascita dell assente e le ultime notizie di lui risalgono almeno a 3 anni indietro, il *Tribunale*, sull'istanza degli interessati, pronunzia *la immissione nel possesso definitivo*, dichiara sciolte le cauzioni, e cessate le altre cautele imposte (art. 36). Gli immessi nel *possesso definitivo* possono procedere a divisioni e a disposizioni definitive dei beni (art. 37).

Qualora i 100 anni dalla nascita dell'assente si compiessero prima della dichiarazione d'assenza, o dopo di essa, ma prima della immissione nel possesso temporaneo, gli aventi diritto, premessa nel 1° caso la dichiarazione di assenza, possono domandare che la immissione nel possesso e l'esercizio dei diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, sieno concessi in modo definitivo, purchè le ultime notizie dell'assente risalgano almeno a 3 anni indietro (art. 38).

Ma se dopo l'immissione nel possesso definitivo l'assente ritorna od è provata la sua esistenza, egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano, ed ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato investito (art. 39).

È da notare che pel nostro Codice, nè la *presunzione*, nè la *dichiarazione* di assenza hanno effetto sul matrimonio. — Non facendosi luogo nel sistema del Codice a *dichiarazione di morte* dell'assente, non potevasi ammettere lo scioglimento del matrimonio dell'assente (art. 148).

Per altro *la dichiarazione dell'assenza* fa cessare la patria potestà, giacchè apre l'adito alla tutela (art. 241); la *presunzione dell'assenza* dà luogo ad *una cura*, ed in mancanza di ascendenti che la esercitino, ad una *tutela temporanea* (art. 47).

1° Per regola si presumono morte contemporaneamente (fr. 9 pr., § 3; fr. 16 e 17, *Dig. de rebus dubiis*, XXXIV, 5; fr. 34, *ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 32, § 14, *de donat int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. 26, *de mortis caussa donat.*, XXXIX, 6).

2° I figli impuberi si presumono premorti ai loro genitori, ed i genitori si presumono premorti ai figli puberi (fr. 9, § 1, 4; fr. 22, 23, *Dig. de rebus dubiis*, XXXIV, 5; fr. 26 *prin.*, *Dig. de pact. dotal.*, XXIII, 4). – Ma se trattasi di un liberto e di un suo figlio, ancorchè pubere, si presumono morti nello stesso tempo; e questo per favorire il patrono, che altrimenti sarebbe pregiudicato nei suoi diritti di successione (fr. 9, § 2, *Dig. de rebus dubiis*, XXXIV, 5); lo stesso si dica dell'erede, che dovrebbe restituire un fedecommesso, *si sine liberis decesserit;* esso pure, si presume morto contemporaneamente al figlio comunque pubere, affinchè il fedecommesso, possa avere effetto (fr. 17, § 7, *ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1). La pratica fondandosi su queste disposizioni del Romano diritto, ritenne che le persone più deboli premuoiano alle più robuste, e le femmine ai maschi (Averani, *Interp. Jur.*, L. 5, cap. 31, n. 8).

B) Sesso.

§ 21. La debolezza del sesso fu sempre mai reputata bisognosa di protezione legale, e causa di limitazione alla capacità della donna, ai diritti. Questo principio fu, per esagerato spirito di cognazione, spinto troppo oltre nell'antico diritto Romano. Infatti, la donna, quando non era sotto la *potestas* del padre, o la *manus* del marito, era sotto la tutela perpetua dei suoi *agnati,* onde la sua incapacità ad obbligarsi, ad alienare, ed in generale a concludere qualunque negozio giuridico *da se sola;* incapacità indipendente dagli anni, e propria, ed inerente soltanto al sesso (Ulp., XI, 27; Gajo, I, 190). Ma nel IV periodo del diritto Romano, queste eccessive limitazioni alla capacità della donna si attenuarono tanto, che a poco a poco la donna fu in una condizione giuridica non molto dissimile da quella dell'uomo. Essa per altro non ebbe mai sui figli o sui nepoti una potestà uguale a quella del padre; fu reputata sempre incapace ad alcuni atti della procedura civile (fr. 1, § 5, *Dig. de postul.*, III, 1), e ad esercitare pubblici uffizi. La tutela le fu deferita dalla legge, in casi eccezionali (fr. 2, *Dig. de regulis juris*, L, 17; fr. ult., *Dig. de tut.*, XXVI, 1). – Ma in compenso, la donna fu riconosciuta pubere più presto dell'uomo, non

potè essere sottoposta ad esecuzioni personali, e fu ritenuta invalida la sua obbligazione per mallevadoria (*Nov.*, 134, *cap.* 9; *Dig. ad S. C. Vellej.*, XVI, 1; *Cod. eod.*, IV, 29); fu pure qualche volta sottratta alle conseguenze pregiudicevoli della sua ignoranza (fr. 8 e 9, *Dig. de juris et facti ignorantia*, XXII, 6).

§ 22. Il diritto Romano, concorde in questo con la odierna fisiologia, non riconosce possibili in natura veri *Ermafroditi*, e prescrive che quelli, che ne hanno l'apparenza, si ritengano appartenere a quel sesso, che in essi realmente prevale (fr. 10, *Dig. de statu homin.*, I, 5).[1]

C) SALUTE.

§ 23. La malattia (*morbus*), e un difetto permanente (*vitium*), fr. 101, *Dig. de verb. signif.*, L, 16, alterano talora le facoltà umane in guisa, da togliere la capacità all'esercizio dei diritti.

a) I furiosi, i dementi, i mentecatti (*furiosi*, *dementes*, *mentecapti*), essendo privi dell'uso della ragione, non hanno capacità di contrattare, nè di amministrare le loro sostanze; in una parola, di fare un atto qualunque che possa produrre effetti giuridici (fr. 5 e 40, *Dig. de regulis juris*). I diritti che avevano acquistato, e le obbligazioni contratte quando erano sani di mente, valgono anche dopo (*Inst. quibus non est permiss. test. fac.*, § 1, *in fine*, II, 12; fr. 20, § 4, *Dig. qui testam. facere poss.*, XXVIII, 1). Un curatore esercita i loro diritti, e soddisfa alle loro obbligazioni; acquista per essi, e se una eredità è loro deferita, l'accetta provvisoriamente, finchè non cessi il loro stato innormale, ed essi non possano adirla (*cost. ult., Cod. de curat. furios.*, V, 70).[2] Gli atti ese-

[1] Nel sistema del Codice la donna si può dire quasi assolutamente parificata all'uomo per riguardo alla giuridica capacità: se non che quando è maritata, subisce in quella capacità alcune limitazioni introdotte dalla legge in ossequio all'autorità maritale, di cui parleremo in seguito (vedi l'art. 134).

Tuttavolta la donna non è ammessa a far da testimone nei testamenti (art. 788), non può essere tutrice, se non è ascendente o sorella germana non maritata del pupillo (art. 268), o moglie dell'interdetto (art. 330). Non può accettare un mandato senza l'autorizzazione del marito (art. 1743).

In compenso, è capace di matrimonio più presto dell uomo (art. 55 e 68), non va sottoposta all'arresto personale per debiti civili (art. 2097), ed ha diritto, nei casi nei quali può per legge essere tutrice, di venire dispensata dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela (art. 273).

[2] I furiosi pel Codice vanno sottoposti a *tutela* in conseguenza dell'*interdizione* (art. 324, 329).

Gli infermi di mente il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, come pure i prodighi, sono *inabilitati* agli atti che eccedono la semplice amministrazione, senza l'assistenza di un curatore (art. 339).

Il sordo muto, ed il cieco dalla nascita, giunti all'età maggiore, si hanno

guiti dai furiosi nei loro lucidi intervalli, sono validi (*Inst.*, § 1, *quib. non est permis. test.*, II, 12). Gli uomini di limitato intelletto (*stulti, simplices*), ma non alienati di mente, sono equiparati ai perfettamente sani (*cost.* 13 *prin.*, *Cod. arbit. tut.*, V, 51).

b) I *prodighi* si considerano come affetti da una monomania, quella di dilapidare le loro sostanze; quindi le leggi li inabilitano ad *alienare* e ad *obbligarsi;* essi per altro, a differenza degli alienati di mente, sono capaci di acquistare (fr. 6, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1), e di accettare un' eredità, nonostante le obbligazioni che vi si connettono (fr. 5, § 1, *Dig. de adq. hered.* XXIX, 2), e questo per non privare essi e loro famiglie dei vantaggi che possono risultarne. Nel diritto antico e nuovo non potevano far testamento, ma questa incapacità loro è cessata nel gius post-giustinianeo. *Prodigo* non è qualunque dissipatore, sibbene solamente quello cui *interdicitur bonorum suorum administratio* (fr. 1, *Dig. de cur. furios.*, XXVII, 10. – Come un decreto è necessario per l'interdizione del prodigo, così un decreto si addimanda per liberarlo da quella.

c) Il sordo-muto a *nativitate*, o *dall' infanzia*, non potendo avere idee chiare di diritti e di obbligazioni, è sottoposto ad un curatore, ed è nella condizione dell'infante (fr. 12. § 2, *Dig. de judic.*, V, 1; fr. 65, § 3, *Dig. ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1). Lo stesso non può dirsi del sordo soltanto, o del soltanto muto, come pure di chi divenne sordo-muto quando aveva raggiunto un bastante svolgimento di facoltà intellettuali. Costoro sono capaci di atti civili: *si quod agunt, intelligunt* (fr. 93, § 1, *Dig. acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2; fr. 124, *Dig. de regulis juris*, L, 17). In gius nuovo fu permesso al sordo-muto, che sapesse scrivere di far testamento, purchè lo facesse in iscritto, e tutto di suo pugno (*cost.* 10, *Cod. qui testam fac. poss.*, VI, 22).

d) Una malattia grave, che inabiliti ad attendere ai propri affari, *sonticus morbus* (fr. 113, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), franca chi ne è affetto dalle conseguenze pregiudicevoli della inosservanza di alcune formalità, specialmente nella procedura, dispensa

per *inabilitati di diritto*, eccettochè il Tribunale li abbia *dichiarati abili* a provvedere alle cose proprie (art. 340). Possono ottenere di essere dispensati dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela, come in generale lo possono quelli che sono affetti da gravi e permanenti infermità (art. 273, n° 3). I loro testamenti vanno sottoposti a speciali formalità (art. 786, 787). L'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità dall'altro coniuge (art. 107).

ancora dall'onere di assumere alcuni uffizii (fr. 60, *Dig. de re jud.*, XLII, 1; *Cod. Tit. qui morbo se excus.*, X, 50).

e) Gli *spadones*, ossia i frigidi, o impotenti che dire si vogliano, non subiscono limitazioni nella loro capacità ai diritti; le subiscono gli evirati (*castrati*) i quali non possono contrarre matrimonio, nè adottare, come diremo trattando del matrimonio e dell'adozione.

CAPITOLO II.

MODIFICAZIONI SOCIALI.

§ 24. In diritto Romano queste modificazioni derivano:

I. Dallo *status*.

II. Da altre cause diverse dallo *status*, come *A*) la religione, *B*) la professione, *C*) il domicilio.

I. Lo STATUS.

§ 25. Sebbene la parola *status*, nel diritto Romano si trovi adoperata in moltissimi significati (*Inst.*, § 4, *de just. et jure,* I, 1; fr. 1, § 2, *Dig. eod.,* I, 1; fr. 2, § 24, *Dig. de orig. jur.*, I, 2; fr. 32, § 1, *Dig. de pecul.,* XV, 1; fr. 13, *Dig. de probat.,* XXII, 3; fr. 2, *Dig. ubi pupill.,* XXVII, 2; fr. 77, *Dig. de legatis,* II, 31; fr. 108, *Dig. de verb. obblig.*, XLV, 1; fr. 9, § 1, *Dig. de duob. reis,* XLV, 2; fr. 5, § 1, *de extraord. cognit,* 13), pure l'espressioni *status hominum, status personarum*, si adoperano di preferenza, in senso tecnico, a significare la *condizione giuridica* di una persona, o uno dei suoi tre elementi: *Libertas*, *Civitas*, *Familia*, pel concorso dei quali è completa la *personalità giuridica*. Importa esaminare separatamente, e con una certa diffusione, questi tre elementi dello *status*.

A) LIBERTÀ (*Libertas*).

Instit., lib. I, tit. 3, *de jure personarum;*
lib. I, tit. 4, *de ingenuis;* lib. I, tit. 5, *de libertinis.*

§ 26. La più importante e la prima condizione della capacità ai diritti, nella legislazione Romana, è la libertà.

La *libertà* è: la facoltà naturale di fare tutto ciò che si vuole, quando non vi si oppongano impossibilità fisiche o giuridiche: *Li-*

bertas (dicono le Istituzioni Imperiali, riferendo le parole del giureconsulto Florentino), *est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi, aut jure prohibetur* (*Inst. pr., de jure personarum,* I, 3; fr. 4, *Dig. de statu homin.,* I, 5). La *servitù* è invece un' istituzione del diritto delle genti, che contro natura sottopone un uomo al dominio di un altro: *Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur* (*Instit., loc. cit.*; *Dig. eod.,* fr. 4, § 1). La libertà non è un diritto conceduto all' uomo dalla legge civile, è un attributo proprio della sua natura. Ma questa facoltà è in lui limitata dalla sua potenza, e perciò da fisiche impossibilità. È limitata ancora da impossibilità giuridiche; e di vero, se l' uomo vuole che la società riconosca, protegga, sanzioni i suoi diritti, egli deve sottoporsi alle leggi sociali, e per conseguenza deve rispettare i loro divieti, obbedire ai loro comandi; *non può* agire in contradizione delle loro disposizioni. La servitù è al contrario un' istituzione umana, è un' usurpazione tirannica dell' uomo sull' uomo, contro le voci ed il voto della natura. Era dai Romani considerata come istituzione di diritto delle genti, perchè veniva sanzionata dal costume e dall' uso di tutti i popoli contemporanei. Mà quando la filosofia ebbe predominio nel diritto, fu riconosciuto che la servitù era contraria alla ragione naturale, come appunto afferma il giureconsulto Florentino nei luoghi citati. La servitù fu una conseguenza della conquista; si reputava lecito uccidere il nemico preso in guerra; di quì si deduceva che fosse lecito, anzi onesto conservargli la vita, ma per esigerne servigi. Onde, *servus*, si disse l' uomo, *a servando* (*Instit.,* § 3, *de jure person.,* I, 3; fr. 4, § 2 e 3, *Dig. de statu homin.,* I, 5), o forse da *servire*. La servitù, mentre ebbe questa origine, derivò poi da altre cause, come p. e. la nascita da persone servili, il disposto della legge ec., le quali esporremo più sotto. L' idea cristiana col domma della fratellanza fra gli uomini, minò quell' istituzione pagana, la quale poi cadde in rovina, mercè quella grande rivoluzione economica, prodotta dalla concorrenza che si stabilì fra il lavoro degli uomini liberi ed il lavoro di servi, quando quei primi il lavoro non ebbero più come indecoroso.

§ 27. Per i Romani, tutti gli uomini si distinguono in liberi e servi (*aut liberi, aut servi*).

a) I *servi* erano privi di capacità giuridica (fr. 20, § 7, *Dig.*

qui testam., XXVIII, 1; fr. 32, *Dig. de regulis juris,* L, 17). Non erano capaci di contrarre matrimonio o parentela, nè capaci di acquistare proprietà. Se figuravano talora nei negozi giuridici, vi figuravano come rappresentanti, e quasi una lunga mano del loro padrone. In antico, il padrone poteva fare di loro ogni più aspro governo, ma col decorrere dei tempi, col progredire della civiltà, la loro condizione andò migliorando. Le relazioni di sangue nascenti dall'unione sessuale dei servi, ostavano al matrimonio, che, divenuti liberi, avessero voluto contrarre con persone *alle quali* per quelle relazioni erano uniti (fr. 8 e 14, § 2 e 3, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; § 10, *Instit. de nuptiis,* I, 10). I servi non potevano mai divenire creditori di un estraneo a loro; lo potevano divenire del padrone, se egli vi avesse consentito; ma questa relazione di creditore e debitore fra servo e padrone, non era una relazione *civile*, sibbene soltanto *naturale.* Tuttavolta potevano contrarre *debiti* col padrone, e con estranei, e questi debiti valevano *naturalmente* eziandio dopo che fossero stati liberati dalla servitù. Se commettevano un delitto a carico di un estraneo, le conseguenze civili del medesimo avevano effetto ancora posteriormente alla manomissione (fr. 7, § 18, *Dig. de pactis,* II, 14; fr. 14, *de oblig. et act.*, XLIV, 7; fr. 19, § 4, *Dig. de donat.,* XXXIX, 5; fr. 13 pr., *Dig. de condit. indeb.*, XII, 6, fr. 64, *Dig. eod.*).

§ 28. *b*) Gli uomini *liberi* si distinguevano in ingenui e libertini. *Ingenuo* è chi è nato libero, e non ha mai cessato di esserlo. *Ingenuus*, dicono le Istituzioni Imperiali, *est qui statim ut natus est, liber est* (*Instit. de ingenuis,* I, 5); *libertino* è il servo liberato da una giusta servitù. *Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt* (*Inst. de libertinis,* I, 5; fr. 6, *Dig. de statu homin.,* I, 5). Nasce libero chi nasce da legittimo matrimonio: *a*) di due ingenui, *b*) di due libertini, *c*) di un libertino e di un ingenuo. Il figlio nato da legittimo matrimonio acquista la condizione, che aveva il padre suo nel momento in cui esso (figlio) fu concepito; se il padre era libero allora, egli pure nasce libero, sebbene il padre poi perdesse la libertà. Nasce libero ancora chi nasce fuori di matrimonio, ma da *madre libera,* comunque essa avesse avuto quel figlio dall'accoppiamento con un servo, o con qualunque altra persona incerta. Il figlio che nasce fuori di matrimonio, seguita la condizione della madre (Ulp., *Reg.* V, § 8 e Gajo, *Com.,* I, § 80, 86). Il parto, essendo l'atto più appariscente della

maternità, allorquando si tratta di stabilire la condizione di un infante, è d'uopo riferirsi alla condizione della madre nel momento del parto. Ma per favorire la libertà, alcuni giureconsulti, e specialmente Marciano e Paolo (vedi MARC., fr. 5, § 2, *Dig. de statu homin.,* I, 5; PAOLO, *Sent.,* II, 24, § 1, 2, 3) volevano che si considerasse l'infante come nato libero e per conseguenza ingenuo, se la madre era stata libera in un momento qualunque della gestazione o nel momento del parto. Gajo ed Ulpiano, al contrario, sostenevano che se la madre nel momento del parto non era libera, il figlio nascesse schiavo; se libera, libero pure fosse il figlio, qualunque d'altronde potesse essere la condizione del padre, e la condizione della madre stessa nell'epoca della gestazione (GAJO, *Com.,* I, § 89). Giustiniano adottò l'opinione di Marciano e di Paolo, come più benigna e favorevole alla libertà (*Instit. de ingenuis prin.,* I, 4). Abbiamo detto che ingenuo è quello che è nato libero, e che non ha mai cessato di esserlo; un uomo divenuto servo, *servus*, può riacquistare la libertà, ma egli non ritorna nel novero degli ingenui; è un liberto perchè è stato servo (fr. 21, *Dig. de statu homin.,* I, 5); la nuova libertà che egli consegue, non può riannodarsi con la libertà che aveva dalla nascita, e non gli può imprimere nuovamente il carattere di ingenuo, che ha perduto irrevocabilmente cadendo in servitù. Qualora un uomo libero venga per errore venduto qual servo, o si trovi *in servitute* casualmente, ma ingiustamente (*injusta servitus*), tuttochè venga manomesso dal suo padrone putativo, non per questo assume il carattere di liberto; è *ingenuo* perchè non ha mai cessato per *giustizia* di essere libero; ed una manomissione non necessaria non ha effetto alcuno pregiudicevole per lui (*Istit.,* § 1, *de ingenuis,* I, 4). Questa è la ragione per la quale nel definire i libertini, si dicono essere: *qui ex justa servitute manumissi sunt.*

§ 29. Nel comune linguaggio si adoperano le due parole: *liberto* e *libertino* come sinonimi; tecnicamente peraltro, non sono tali; avvegnachè la voce *libertinus* esprima la nuova condizione della persona prosciolta dalla servitù, e la voce *libertus* indichi il servo prosciolto dalla servitù, ma di fronte al padrone che lo ha manomesso. Chi proscioglie un servo dalla servitù dicesi patrono (*patronus*), l'atto col quale quel proscioglimento si opera dicesi manomissione (*manumissio*), voce composta dalle due *missio* e *manus;* il servo per diritto Romano è *sub manu domini*, cioè nel

potere del suo padrone, nella *dominica* o *herilis potestas;* l'atto che lo dimette da quella *manus*, chiamasi per questo *manumissio*. Vedremo altrove come la parola *manus*, adoperata qui nel significato suo più generico di *potere*, *potestà*, avesse un significato speciale, nel quale indicava la potestà, il potere del marito sulla moglie.

§ 30. I libertini erano nel diritto Romano in tre condizioni diverse; potevano cioè essere: cittadini romani, latini, e peregrini deditizi (vedi Gajo, I, 12), come spiegheremo parlando delle manomissioni.

a) Il libertino, sebbene cittadino romano, conservava la macchia della sua passata servitù, macchia che, sebbene leggiera (*levis nota*), non spariva pel suo mutamento di condizione; onde gli era impedito di ottare alle più dignitose magistrature dello Stato; e gli era vietato, ne' tempi primitivi, di contrarre nozze con qualunque ingenuo, o con un senatore, o con persona appartenente a famiglia senatoria (Ulp., *Reg.* XIII, 1; fr. 44 *prin., Dig. de ritu nupt.,* XXIII, 2). - Pel libertino non si reputava indecoroso esercitare arti ed industrie e commerci, che l'ingenuo avrebbe reputati disdicevoli; esercitare i quali era, d'altronde, pel libertino un bisogno, perocchè fossero l'unico mezzo di sostentamento per lui, privo come si trovava, quando usciva dal potere del suo antico padrone, di qualunque patrimonio. Subivano i libertini altre limitazioni nella loro capacità giuridica, che dovremo spiegare in seguito; per le quali cose tutte desideravano essi di passare per ingenui e di goderne i privilegi; e lo avrebbero fatto senza la *lex Visellia*, che a cotali usurpazioni pose argine (*cost. un., Cod. ad legem Viselliam,* IX, 21).

b) I libertini *latini juniani*, sebbene avessero il *commercium*, non potevano far testamento, acquistare (*capere*) per testamento, nè essere nominati tutori testamentari (Gajo, I, 23, 24).

c) I libertini peregrini deditizi, ossia nella condizione dei popoli deditizi (vedi *Introduz.,* § 95) erano a peggior partito degli altri peregrini, massime per riguardo al diritto di successione ereditaria, (Ulp., XI, 16, XX, 14, 3; Gajo, III, 55-76).

§ 31. Venne poi tempo in cui, cessate tutte queste distinzioni fra i libertini, essi furono tutti abilitati a godere dei diritti degli ingenui, per concessione del principe, che loro permetteva di portare l'anello d'oro; distintivo in origine dei cavalieri, in

seguito di tutti gl'ingenui. - Questo *jus aureorum annulorum* tuttavolta, non distruggeva i diritti del patrono (fr. 6, *Dig. de jure annul.,* XL, 10; fr. 3, *Dig. de bon. lib.*, XXXVIII, 2), i quali cessavano solamente col consenso di lui. Ottenuto tal consenso, l'Imperatore accordava la *natalium restitutio* o l'*jus regenerationis* (*Dig. de nat. rest.*, XL, 11; *Cod. de jure aur. annul. et de nat. restit.*, VI, 8). Giustiniano permise al patrono di concedere di proprio arbitrio quella *restitutio,* e finalmente ordinò che la manomissione di per sè sola, conferisse sempre l'*jus aureorum annulorum* e la *natalium restitutio*, salvi i doveri di rispetto e di gratitudine verso il patrono (*Nov.* 78, c. I).

B) CITTADINANZA (*Civitas*).

§ 32. Grandissima fu l'importanza della *civitas* a Roma, e forse maggiore che in qualunque altro Stato; da essa si faceva dipendere la capacità ai diritti sì pubblici che privati; e nei più antichi tempi chi non era *civis,* era incapace giuridicamente in un modo assoluto. Capitale distinzione fra gli uomini liberi, (fossero essi ingenui o libertini) fu dunque quella di *cives Romani*, e *non cives*, e fra i *non cives* venivano i *peregrini*, ed anche i *latini*.

§ 33. I. I peregrini, considerati da primo come privi di qualunque capacità giuridica, e chiamati allora anche *hostes*, giacchè forestiero suonava eziandio nemico, furono riconosciuti come capaci dell'*jus gentium,* quando i Romani in conseguenza delle molte alleanze, federazioni, e conquiste ebbero nello Stato molti peregrini e molte relazioni con popoli limitrofi. Allora fu creato il *prætor peregrinus*, che amministrò la giustizia per loro, secondo i principii del diritto delle genti; ma dell'*jus civile* furono mai sempre ritenuti come incapaci, perchè fu questo esclusivamente proprio dei *cives*. Per la qual cosa, i peregrini non godevano nè del *commercium* nè del *connubium,* facoltà essenziali della romana cittadinanza.[1]

[1] In Italia lo straniero è ammesso a godere dei *diritti civili* attribuiti ai cittadini (art. 3, Cod. Civ.), vale a dire è trattato alla pari dei cittadini per riguardo al *diritto privato*, ma non per riguardo al diritto pubblico; ciò ne sembra resultare implicitamente dalle parole del Codice, che si riferiscono ai *diritti civili* o privati soltanto, non ai *diritti politici*. Per riguardo allo stato ed alla capacità della sua persona, è regolato dalle leggi della nazione cui egli appartiene (art. 6 delle *Disposizioni sulla pubblicazione ec. ec. delle leggi*). — La

Erano peregrini:

a) Gli abitanti tutti delle provincie Romane;

b) I forestieri appartenenti a Stati, coi quali i Romani erano uniti per relazioni di amicizia (vedi SAVIGNY, *Sistema di diritto Romano*, vol. 2, § 46);

capacità dello straniero a contrarre matrimonio, è determinata dalla legge del paese a cui appartiene (art. 102 del Cod. Civ.). Per altro anche lo straniero è soggetto agli impedimenti stabiliti dal Codice Civile negli art. 55 a 69.—Se vuole contrarre matrimonio nel regno, deve presentare all' uffiziale dello Stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che, giusta la legge da cui dipende, *nulla osta* al divisato matrimonio. Se lo straniero è residente nel regno, deve inoltre fare eseguire le pubblicazioni, secondo le disposizioni del Codice Civile italiano (art. 103).

I beni mobili del forestiero sono soggetti alla legge della nazione di lui proprietario; i beni immobili sono soggetti alla legge del luogo, dove sono situati (art. 7 delle cit. *Disposiz.*).

Le forme estrinseche degli atti tra vivi, e di ultima volontà, che il forestiero pone in essere in Italia, sono determinati dalle leggi italiane. È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti.

La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà, dei forestieri, si reputano regolati dalla loro legge nazionale.

La sostanza e gli effetti delle obbligazioni contratte dai forestieri, si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti; e se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale (art. 9 delle cit. *Disposiz.*).

Le successioni legittime e testamentarie dei forestieri, sia quanto all' ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona straniera, della cui eredità si tratta, di qualunque natura sieno i beni ed in qualunque paese si trovino (art. 8, cit. *Disposiz.*).

Nessuna *cauzione* si esige dallo straniero, se vuolsi fare attore nei Tribunali del regno; nè per alcun motivo *speciale* di prevenzione può *arrestarsi il debitore forestiero*.

Lo straniero *che non ha residenza* nel regno può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno, ancorchè non vi si trovi:

1° Se si tratta di azioni sui beni mobili o immobili esistenti nel regno.

2° Se si tratta di obbligazioni che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbano avere esecuzione nel regno.

3° In tutti gli altri casi in cui ciò possa farsi per reciprocità (art. 105 del Cod. di Civ. Proced.).

Oltre che in questi tre casi, lo straniero può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del reg o, per obbligazioni contratte in paese estero:

1° Se abbia residenza nl regno, ancorchè non vi si trovi attualmente;

2° Se si trovi nel regno, quantunque non vi abbia residenza, purchè sia citato in persona propria (art. 106, cit. Cod. di Proc. Civ.).

Quando lo straniero non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l' azione personale, o reale sui beni mobili è proposta davanti l' autorità giudiziaria del luogo, in cui l'attore ha domicilio o residenza (art. 107, cit. Cod. di Proc.).

Dalle quali disposizioni si rileva come la posizione dello straniero, fattagli dal Codice Civile, sia ottima, e quindi come non possa presso di noi parlarsi non che *di albinaggio* neppure di *diritto di retorsione*, residuo dell' albinaggio.

L'unica disposizione limitativa sino ad un certo punto la capacità del forestiero, è quella che si legge nell'articolo 788 per la quale *lo straniero non residente nel regno* non è ammesso a fare da testimone nei testamenti ma questa disposizione evidentemente deriva dalla presunzione che lo straniero non *residente* nel regno, non conosca il testatore e la lingua di lui.

c) I Romani che avessero perduto la cittadinanza per causa di pena (fr. 17, § 1, *Dig. de pœnis,* XLVIII, 19);

d) Alcuni libertini, che pel difettoso modo di manomissione erano nella condizione dei deditizi: *dediticiorum numero,* (Ulp., XX, 14; Gajo, I, 26);

e) Quelli che nascevano da madre peregrina, che col suo marito non avesse avuto il *connubium,* qualunque fosse stata la condizione del padre; giacchè in tal caso il figlio seguiva la condizione della madre, giusta il principio dell'*jus gentium,* se non che, ove la madre, comunque peregrina, avesse avuto per concessione speciale quel *connubium* con l'uomo dal quale aveva un figlio, questo figlio seguiva la condizione del padre, a seconda dell'*jus civile.* Abbenchè i peregrini non godessero del *connubium*, nè del *commercium*, avendo la capacità giuridica, che (fatta astrazione dalla loro nazionalità), loro accordava l'*jus gentium* come a persone libere e non nemiche, potevano contrarre validamente nozze o matrimonio (*nuptiæ*, *matrimonium*) secondo quel diritto; i figli che ne nascevano non erano illegittimi (fr. 1, § 2, *Dig. ad municip.*, L, 1); l'adulterio loro era punito (fr. 13, § 1 e 4 *Dig. ad legem Juliam de adult.*, XLVIII, 5). Acquistavano la proprietà *naturale* (*in bonis*) riconosciuta ed anche protetta come tale (Gajo, IV, 37), ma non la proprietà romana (*dominium ex jure quiritium*); potevano comprare e vendere, fare dunque atti di commercio anche coi Romani, ma non avevano il *commercium* nel senso tecnico romano. E quando per i cresciuti rapporti fra Romani e peregrini, e fra peregrini e peregrini, sursero fra loro relazioni obbligatorie (*obligationes*), queste ebbero efficacia (Gajo, III, 93; fr. 17, § 1, *Dig. de pœnis,* XLVIII, 19) e si poterono far valere con mezzi giuridici (*actiones*) *come se* quelle relazioni fossero intercedute fra *cives Romani, actiones fictitiæ* (vedi Gajo, IV, 37). Succedevano tanto per testamento quanto per legge, ma i loro diritti di successione ereditaria non erano guarentiti alla pari di quelli dei Romani (Ulp., XX, 14; Gajo, I, 25; III, 96, 120-134). I *deditizi* erano fra i peregrini a peggiore condizione di tutti. Non potevano divenire mai cittadini romani, non potevano abitare in Roma, nè nel suo circondario dentro le cento miglia, sotto pena di confisca; non potevano acquistare per testamento, nè testare (Gajo, I, 25-27).

§ 34. II. Fra i *cives* ed i *peregrini* fu stabilita una classe media, quasi transizione fra gli uni e gli altri, i *latini.* Accen-

nammo nel nostro sunto di Storia esterna del diritto Romano, la origine di questa classe, ed avvertimmo come carattere generale della medesima fosse il godimento del *commercium* romano senza il *connubium*. La latinità (*latinitas*), che in origine significò la capacità giuridica dei popoli di razza latina, in seguito valse ad indicare la capacità giuridica di quei popoli a qualunque razza appartenessero, che come i latini avessero avuto il *commercium* senza il *connubium* (*jus Latii*). Il *commercium* romano, (cioè la capacità al *dominium ex jure quiritium*, la facoltà di concludere negozi giuridici secondo le forme romane, di fare un testamento romano, non che di figurare in quello come erede, legatario o testimone) non fu goduto in questa sua pienezza da tutti i latini. Di quì diverse categorie di latini, la cui capacità giuridica era alquanto diversa (vedi PUCHTA, *Inst.*, lib. IV, cap. 2, § 215). Fra questi meritano speciale menzione i *latini juniani*, i quali come dovremo spiegare altrove, erano privi della capacità di far testamento, di acquistare per testamento, e di essere nominati tutori testamentari. (GAJO, I, 23).

§ 35. III. I *cittadini* che godevano oltre che del *commercium* e del *connubium*, eziandio degli *honores* e del *suffragium*, erano (come fu detto) *optimo jure cives;* quelli che non godevano del *suffragium*, o degli *honores*, o di nessuno di questi due diritti, erano *non optimo jure cives*. Il diritto di cittadinanza si acquistava:

1° *Per nascita.*[1] Il figlio nato da matrimonio di persone che

[1] È cittadino:
a) il figlio di padre cittadino (art. 4, Cod. Civ.);
b) il figlio di padre ignoto, ma nato da madre cittadina (art. 7).
c) il figlio nato nel regno, da ignoti genitori (art. 7, capoverso 2).
È reputato cittadino:
a) Il figlio nato nel regno, ed ivi residente, nato da padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, o da padre ignoto, ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento (art. 5 e art. 7, capoverso 1).
b) Il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato da 10 anni non interrotti il suo domicilio: nondimeno la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio (art. 8).
c) Il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il domicilio da meno di 10 anni, qualora detto figlio abbia accettato un impiego pubblico nel regno, oppure abbia servito o serva nell'armata di terra o di mare, od abbia altrimenti soddisfatto alla leva militare, senza invocarne esenzione per la qualità di straniero (art. 8, cap. 2).
d) Il figlio nato in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, o da padre ignoto, ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, qualora abbia, come sopra, accettato un impiego nel regno, o abbia servito nell'armata, o altrimenti soddisfatto alla leva (art. 6, cap. 2; art. 7, cap. 2).

fra loro avevano il *connubium*, cioè da *justæ nuptiæ*, acquistava la condizione del padre, ed era cittadino se tale era il *padre nel momento della generazione.* Il figlio nato da un'unione sessuale fra persone, che non avevano fra loro quel *connubium*, acquistava la condizione che la *madre aveva nel momento del parto* (GAJO, I, 89). La legge Mensia (che alcuni credono essere la legge *Ælia Sentia*) aveva ordinato che il figlio nato da una cittadina romana e da un peregrino, fosse peregrino, comunque fra i genitori esistesse *connubium* per speciale concessione; ma questa disposizione fu abrogata da un senatusconsulto dei tempi di Adriano (GAJO, I, 67, 80, 88).

2° *Per manomissione regolare e valida, fatta da un cittadino romano.* Vedremo altrove come il difettoso modo di manomissione,

Può eleggere la qualità di cittadino:

a) il figlio nato nel regno da padre straniero, che da meno di dieci anni vi abbia fissato il suo domicilio, purchè detto figlio ne faccia la dichiarazione, e fissi il suo domicilio nel regno dentro l'anno dalla fatta dichiarazione (art. 8, cap. 2).

b) Il figlio nato in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, o da padre ignoto, ma da madre che abbia perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, purchè egli ne faccia la dichiarazione, e purchè fissi nel regno il suo domicilio dentro l'anno (art. 6, cap. 1, e art. 7, cap. 1.)

Acquista la cittadinanza:

a) Lo straniero con la *naturalità* concessa per legge o per decreto reale (art. 10).

b) La donna straniera che si marita ad un cittadino; essa conserva la cittadinanza anche da vedova (art. 9).

c) La moglie ed i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza, semprechè abbiano fissato nel regno la loro residenza (art. 10, cap. 3).

È reputato straniero:

a) il figlio nato in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, o da padre ignoto, ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento. — Può però eleggere, come sopra fu detto, la qualità di cittadino, ed essere in certe circostanze reputato tale (art. 6 e 7).

b) il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da meno di 10 anni; ma può, come fu detto, eleggere la qualità di cittadino, od essere reputato tale (art. 8, cap. 3).

Può eleggere la qualità di straniero:

a) Il figlio di padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, o di padre ignoto, ma di madre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, qualora esso figlio sebbene nato nel regno ed ivi residente, entro l'anno dell'età maggiore, (determinata secondo la legge del regno) ne faccia la dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile della sua residenza; e se si trova in paese estero, davanti i regi agenti diplomatici, o consolari (art. 5, cap. 1; art. 7, cap. 2.)

b) Il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da 10 anni non interrotti, purchè ne faccia la dichiarazione nel tempo e nel modo stabilito dall'art. 5 (art. 8, cap. 1).

c) I figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza per legge o per decreto reale, facendo la dichiarazione a norma dell'articolo 5 (art. 10, cap. 3).

o la qualità della persona che manometteva (p. e., se fosse stata un latino), facessero ascrivere alla classe dei latini, dei latini juniani, o dei peregrini deditizi il manomesso; almeno fino ai tempi di Giustiniano, che parificò negli effetti tutte le manomissioni (vedi *Cod. de latina lib. toll.*, VII, 6, § 1; *Inst.*, § 3, *de libert.*, I, 5; *cost.* 1, *Cod. de comm. servor. manum.*, VII, 7).

3° ***Per concessione graziosa.*** La cittadinanza fu accordata, specialmente nell'epoca imperiale, non soltanto a singole persone, ma ben anco ad intiere città.

4° Un latino od un peregrino, purchè non deditizio, poteva acquistare la romana cittadinanza, sotto alcune condizioni che Gajo ed Ulpiano enumerano (Gajo, I, 28-34-66-96; Ulp., III, 1; VII, 4). Specialmente per chi godeva l'*jus Latii,* in molti modi si poteva acquistare l'*jus quiritium.* Ricorderemo alcune delle principali maniere, nelle quali dai latini e dai peregrini acquistavasi la cittadinanza.

a) Il latino di una colonia latina, acquistava la romana cittadinanza se esercitava in patria una magistratura.

b) Il latino acquistava la cittadinanza *beneficio principali*, vale a dire, se il principe gliela elargiva benefico.

c) Il liberto latino, che alla presenza di sette testimoni puberi e cittadini romani, aveva contratto matrimonio con una donna latina colonaria, o latina come lui, o cittadina romana, dichiarando che lo contraeva per avere mercè i figli (*liberis*), il mezzo di acquistare la cittadinanza, ed avuto un figlio di un anno (*anniculus*), dinanzi al pretore o al preside della provincia provava questi fatti (*causam probare*), diveniva in un con la moglie e col figlio, cittadino romano in virtù della legge *Ælia Sentia* (Gajo, I, 29). La sua vedova sarebbe stata ammessa a fornire la stessa prova (Gajo, I, § 32).

d) Il cittadino romano, che sposava una latina od una peregrina, credendola per errore cittadina, ed avevane un figlio annicolo, per un senatusconsulto del tempo di Adriano era ammesso a provare il suo errore, e la sua moglie ed il figlio divenivano cittadini. Lo stesso sarebbe avvenuto se avesse sposato una deditizia, se non che allora il figlio soltanto avrebbe acquistato la cittadinanza, non già la madre (Gajo, I, 67).

e) Del pari, se una cittadina per errore avesse sposato un peregrino nell'opinione che fosse cittadino, era ammessa a provare

il suo errore, ed il figlio, alla pari del marito, diveniva cittadino (GAJO, I, 68 *prin.*).

f) La cittadina che sposava un latino per averne prole, e mercè questa conseguire la cittadinanza, provato il fatto, e presentato il figlio annicolo, faceva acquistare la cittadinanza al marito ed al figlio, (GAJO, I, § 68). Lo stesso sarebbe avvenuto se avesse sposato un deditizio con la medesima intenzione, e credendolo latino, se non che il deditizio non avrebbe acquistata la cittadinanza, ma l'avrebbe acquistata solamente il figlio.

g) Se una latina avesse sposato un peregrino nell'opinione che fosse latino, e con lo scopo di procacciarsi la libertà *liberis*, provato il suo errore, otteneva insieme col marito e col figlio la cittadinanza. Sarebbe stato lo stesso, se col medesimo scopo un latino avesse sposato una peregrina, reputandola latina o cittadina (GAJO, I, § 69, 70).

h) Il cittadino romano, che per errore credendosi latino, avesse sposato una latina, avuto un figlio annicolo, e provato l'errore, poteva far divenire cittadini la moglie ed il figlio. E se il cittadino romano credendosi peregrino avesse sposato una peregrina, ed, avuto un figlio annicolo, avesse provato l'errore, otteneva la cittadinanza alla moglie ed al figlio (GAJO, I, § 71). Era poi indifferente in tutti questi casi, che il figlio annicolo fosse maschio o femmina (GAJO, I, § 72). Ed insieme con la cittadinanza in questi casi si acquistava la patria potestà.

i) Il latino, che era tale perchè la sua manomisssione era stata difettosa, acquistava la cittadinanza *iteratione*, vale a dire per la ripetizione della manomissione stessa, ma con tutte le condizioni che mancavano alla prima.

k) Per la legge Vesellia un latino che aveva servito sei anni nei vigili di Roma, diveniva cittadino romano; poi bastarono a questo uopo tre anni di quel servizio (*militia*).

l) Il latino che inalzava in Roma un edifizio, con una parte dei suoi averi determinata dalla legge, diveniva cittadino romano *ædificio*.

m) Per un editto di Claudio, il latino che costruiva una nave, e durante sei anni la impiegava per approvvigionare Roma di grani, diveniva cittadino *nave*.

n) Il latino, che aveva eretto un mulino con forno, diveniva cittadino romano *pistrino*.

o) Per un Senatusconsulto diveniva cittadina la donna che aveva partorito tre figli (*ter enixa*).

p) Costantino poi ordinò, che il latino il quale avesse rivelato il ratto di una donzella, per ricompensa avrebbe ottenuto la cittadinanza (*cost.* 1, 5, § 5, *Cod. Theod. de raptu virgin.*, IX, 34).

§ 36. Dicemmo (*Introduz.*, § 140) che Caracalla concesse a tutti i sudditi dell'impero Romano la cittadinanza, e che per un momento non vi furono più latini e peregrini, sebbene dei nuovi ben presto ne dovessero sorgere, e ne sorgessero. Ai tempi di Giustiniano duravano tuttora, almeno in teoria, i *latini juniani* ed i *peregrini dedititi*, ma quell'imperatore soppresse cotali distinzioni (*cost. un.*, *Cod. de dedit. lib. toll.*, VII, 5; *cost. un.*, *Cod. de lat. lib. toll.*, VII, 6). Laonde tutti i liberi abitanti dell'impero furono d'allora in poi, e per sempre cittadini, e la *civitas* non fu più un elemento dello *status*. Gli stranieri si chiamavano *barbari*, tuttochè dimorassero nell'impero, nome col quale i Romani chiamarono sempre i popoli fuori della loro civiltà e della loro geografia. Sebbene Valentiniano e Valente vietassero il matrimonio fra i sudditi dell'impero ed i barbari, e con pene gravissime, (*cost. un.*, *Cod. Theod. de nupt.*, *gent.*, III, 14), questo non fu un divieto che si possa rassomigliare, nè per lo scopo nè per gli effetti, al divieto antico di nozze fra *cives* e *non cives*, per mancanza fra loro di *connubium*.

§ 37. Il diritto di romana cittadinanza per le molte prerogative, così pubbliche come private, che procurava a chi ne era rivestito, attribuiva eziandio *dignità* (*dignitas*), e naturalmente infondeva negli altri *stima* (*existimatio*) per chi di quella dignità era insignito. Questa stima era dovuta, e la legge la garantiva al cittadino, con l'impedire che fosse trattato in modo indegno, o indecoroso, o disonorevole per lui. Ma se per causa di un'azione delittuosa, perdeva la cittadinanza, e decadeva da quello stato di dignità (*status dignitatis*) che ne era conseguenza, se ne andava ancora la stima di cui godeva, e perdeva il diritto alla medesima (*consumitur existimatio*). Se poi il cittadino, senza perdere assolutamente la cittadinanza, tuttavia per ragione di condotta vergognosa e riprensibile, veniva dalla pubblica opinione e dalle leggi dichiarato indegno di votare nelle assemblee legislative (*jus suffragii*), o di esercitare una magistratura (*jus honorum*); lo stato di dignità, di cui godeva per lo innanzi, veniva ad essere leso, ed in conseguenza

era sminuita la stima, cui aveva diritto (*minuitur existimatio*). Diritto assoluto alla stima (*existimatio*) aveva dunque, quando la sua dignità di cittadino era illesa; diminuita o cessata quella dignità, cessava o diminuiva la stima ed il suo diritto alla medesima. Onde molto esattamente il giureconsulto Callistrato, parlando dell'*existimatio,* la diceva: *Dignitatis inlæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum, aut minuitur aut consumitur* (fr. 5, § 1, *Dig. de extraordinariis cognitionibus,* L, 13). L'opinione pubblica è sempre la prima a indicare le azioni per le quali un uomo diviene indegno di esercitare i diritti onorifici del cittadino; la legge poi, raccogliendo questi giudizi della pubblica opinione, li traduce in formali divieti ed in espresse inabilitazioni. A Roma i censori valendosi delle facoltà illimitate che avevano, durante il tempo del loro uffizio, nella redazione del censo, si fecero interpreti della pubblica opinione, cassando dall'ordine dei senatori o dei cavalieri quei cittadini, che reputavansi macchia per quelli ordini, e collocando fra gli *ærarii* i creduti indegni di esercitare i nobilissimi uffizi di legislatori e di magistrati (*censorum opinio*). A lato a questo potere discrezionale dei censori (che potendo venire abusato o per spirito di parte, o per odio di persona, non produceva effetti irrevocabili) sursero espressi regolamenti, e dichiararono quali persone, come infami, erano indegne di godere dei diritti politici (*suffragium et honores*). Sappiamo come perfino l'antica legislazione decemvirale designava quali uomini, perchè *improbi*, ossia infami, non dovevansi ammettere a fare da testimoni (*intestabiles*); che, in seguito delle disposizioni disciplinari, privassero i cittadini del *suffragium* e degli *honores,* lo ha dimostrato in modo evidente il Savigny, *Sist. di D. Romano,* vol. II, § 80, 81) appoggiandosi a prove irrecusabili (Cicerone, *pro Cluentio,* 42; *Tabula Heracleensis,* v. 108, 141 etc.; fr. 1 *prin., Dig. ad legem Juliam de vi priv.,* XLVIII, 7; *cost. un., Cod. de infamibus,* X, 57 etc. etc.)

§ 38. Il pretore, trovata a Roma questa istituzione, la regolò, la svolse, e le attribuì altri effetti allora assai importanti. Infatti dichiarò gli infami incapaci:

a) Di *postulare,* vale a dire, di stare in giudizio come procuratori e mandatari di altri (fr. 1, § 8, *Dig. de postulando,* III, 1; fr. 1, *Dig. de his qui notantur infamia,* III, 2).

b) Di intentare qualunque di quelle azioni nel pubblico inte-

resse, che si chiamavano popolari (*populares*) perchè potevano essere intentate da chiunque (fr. 1, *Dig. de popularibus actionibus,* XLVII, 23; fr. 6, *Dig. eod.*). Volle il pretore per cotal guisa allontanarli più che fosse possibile dal santuario della giustizia, che con la loro presenza contaminavano. Fino all'imperatore Giustiniano, il reo convenuto avrebbe potuto ricusare, (con una *procuratoria exceptio*) di avere per contradittore un procuratore coperto di infamia, ma quell'imperatore abolì questo diritto, d'altronde già caduto in disuso (§ 11, *Inst. de Except.*, IV, 13); rilasciò all' arbitrio del magistrato, l'ammettere alla sua presenza l'uomo incorso nell'infamia o il respingerlo; come pure abolì l'antico divieto all'infame di farsi rappresentare da un procuratore (*Inst., loc. cit.*) La *lex Julia de maritandis ordinibus* aveva vietato ai senatori ed a tutte le persone nate libere, di contrarre nozze con gli infami, ma questi divieti furono tolti di mezzo da Giustiniano.

§ 39. Del resto, la teorica dell'infamia ha nel diritto imperiale minore importanza di quella che aveva in antico, perchè, per le mutate forme di governo, l'*jus suffragii* sparì, e la nomina alle magistrature (*honores*) dipese dal favore imperiale. Oggi poi non ha nessun valore, avendo noi una procedura ben differente dalla romana, e le nostre leggi non riconoscendo delitti nè pene infamanti. Per le quali cose, è in semplice linea istorica, e per la migliore intelligenza delle compilazioni giustinianee, che andiamo ad esporre succintamente le regole relative all'infamia.

§ 40. L'infamia, secondo l'editto del pretore, derivava:

A) o *immediatamente* da certe azioni e professioni del cittadino, *si quis fecerit,* senza bisogno di una formale condanna.

B) o da una condanna formale per certe azioni (*si quis condemnatus fuerit*).

A) Incorrevano immediatamente nell'infamia, senza bisogno di processo e di condanna, onde i moderni scrittori chiamano questa infamia *immediata:*

1° Quelli che per denaro, o senza, davano spettacolo di se nei teatri e nei circhi, o si scritturavano per combattere con animali feroci (fr. 1 *pr.*, § 1, *Dig. de his qui not,* III, 2; fr. 1, § 6, *Dig. de postul.*, III, 1):

2° Quelli che vivevano sulla prostituzione, sia in condizioni di lenoni o di prostituti; e questi ultimi ancorchè si fossero pro-

stituiti senza animo di far lucro (fr. 1, § 6, *Dig. de postulando,* III, 1; fr. 4, § 2, *Dig. de his qui not.*, III, 2).

3° Quelli, che essendo maggiori di età, violavano una transazione giurata e liberamente consentita (*cost.* 41, *Cod. de transact.*, II, 4).

4° Gli usurai (*cost.* 20, *Cod. ex quibus inf. causis. irrog.*, II, 12).

5° I tutori, che prima di render conto alle loro pupille, le sposavano; e se le facevano sposare ai loro figli, questi pure seco loro incorrevano nell'infamia (fr. 66 *pr.*, *Dig. de ritu nuptiarum,* XXIII, 2; *cost.* 7, *de interdicto matrimonio*, V, 6).

6° Quelli che, per essere insolventi, lasciavano vendere i loro beni dai creditori. Essi erano come i nostri falliti, screditati nella pubblica opinione, e subivano una diminuzione nella loro capacità giuridica (*cost.* 8, *Cod. qui bon.*, VII, 12; *cost.* 11, *Cod. ex quib. caus. infam.,* II, 7).

7° I soldati che per cagioni ignominiose, erano congedati dall'esercito (fr. 1, 2, *Dig. de his qui not. inf.*, III, 2).

8° Quelli che si fidanzavano o si coniugavano contemporaneamente a più persone; e se erano figli di famiglia, anche il padre loro che ve li autorizzava (fr. 1, 13, § 3 e 4, *Dig. De his. qui not. inf.; cost.* 18, *Cod. ad legem Jul. de adult.*, IX, 9).

9° La donna sorpresa in delitto flagrante di adulterio (fr. 43, § 12, 13, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2).

10° La vedova, che si rimaritava prima dello spirare dell'anno del lutto. L'infamia colpiva anche suo padre, se era in potestà di lui, ed inoltre il suo secondo marito, ed il padre di questo, che lo aveva in potestà (fr. 1, 11, § *ult.* 12, 13 *prin.*, *Dig. de his qui not.*, III, 2; *cost.* 2, *Cod. de secund. nupt.*, V, 9). L'anno del lutto doveva lasciarsi trascorrere per evitare *la turbatio sanguinis.* L'anno del lutto, da primo di 10 mesi, fu dagli imperatori esteso a 12. Il diritto canonico abolì queste disposizioni.

11° Finalmente colui che avendo fatto una denunzia al fisco, non poteva provare la verità della medesima (fr. 18, § 7; fr. 2 *prin.*, *Dig. de jure fisci,* XLIX, 14).

B) Incorrevano nell'infamia non immediatamente, ma in conseguenza di una condanna per delitto, (onde i moderni scrittori chiamano quest'infamia *mediata*):

1° Quelli che erano stati condannati in un *judicium publicum*;

da primo l'infamia si incorreva soltanto per condanna a cagione di determinati delitti, ma sotto gli imperatori fu estesa alla condanna in qualunque *judicium publicum* (fr. 7, *de publ. judic.*, XLVIII, 1).

2° Quelli che erano stati condannati con sentenza pronunziata *contro la loro persona* per certi delitti privati come il furto, la rapina, l'ingiuria e la frode. Diciamo con sentenza pronunziata *contro la loro persona* o *personale,* perchè se essi si erano fatti rappresentare da un procuratore, nè questo, nè essi incorrevano nell'infamia (fr. 6, *de his qui not.,* III, 2; fr. 2 *prin., de obseq.*, XXXVII, 15). In questa infamia incorrevano i colpevoli dei sopraccennati delitti privati, anche quando per evitare la condanna avessero a furia di danaro ottenuta una transazione (fr. 6, § 3, *de his qui not.*, III, 2).

3° Quelli che erano riconosciuti colpevoli di dolo o colpa lata, nei contratti che si fondano principalmente sulla buona fede, come il mandato, il deposito, la società, la tutela (§ 2, *Inst. de pœna temere litigantium*, IV, 16; fr. 1, 6, 7, *Dig. de his. qui not.,* III, 2). Ma la *culpa levis* non produceva infamia (§ 6, *Inst. de suspect. tut. vel. curat.,* I, 26; fr. 3, § 18, *Dig. eod.,* XXVI, 10; *cost.* 9, *Cod. eod.,* V, 43).

§ 41. Oltre l'*infamia* (cui appella l'editto del pretore, (conservatoci in questa parte nelle Pandette al libro III, tit. 2, *De his qui notantur infamia*), vi erano casi nei quali, sebbene nè la legge, nè il pretore pronunziassero l'infamia, l'opinione pubblica più rigorosa della legge scritta, considerava l'*existimatio* come diminuita. L'opinione pubblica diminuiva l'*existimatio* a certe persone per la turpitudine della loro vita (*vitæ turpitudo*), o per l'abiezione dei mestieri che esercitavano. Gli odierni interpreti del diritto Romano chiamano questa diminuzione dell'*existimatio, infamia facti;* ed i suoi effetti, secondo alcuni, erano molto simili a quelli dell'infamia pronunziata dalla legge, ossia di diritto (fr. 2, *Dig. de obseq.,* XXXVII, 15), ma sembra che effetti giuridici determinati non producesse. Certamente nella scelta dei pubblici ufficiali per parte del governo, nella fede da accordarsi ai testimoni dal giudice, e nel caso della querela *inofficiosi testamenti* (intentata dal fratello o dalla sorella, contro il testamento del defunto loro fratello, che istituì una persona turpe) certamente, ripetesi, in tutti questi casi la turpitudine della vita avrebbe po-

tuto, produrre effetti, ma non speciali e precisi, come quelli resultanti dall'infamia vera e propria.

§ 42. Finalmente un ultimo e più leggiero grado di diminuzione dell'*existimatio*, fu la *levis nota*, dalla quale erano macchiati i *liberti*, ed i figli di coloro che davano spettacolo di sè al pubblico. Questa *levis nota* li rendeva incapaci di contrarre nozze coi Senatori e discendenti dei medesimi (fr. 44, § 5, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 5, *Dig. de natal. rest.*, XL, 11), incapacità che Giustiniano abolì.

§ 43. Una Costituzione dell'Imperatore Costantino (la 27.ª) che è nel Codice al Tit. *de inofficioso testamento*, lib. III, tit. 28, contiene esplicita la distinzione fra i tre gradi di diminuzione dell'*existimatio*, che noi abbiamo indicati, cioè fra l'*infamia, la turpitudo e la levis nota;* e dichiara che se è istituita in erede, a preferenza dei fratelli e sorelle del testatore, una persona che abbia subìto una di quelle diminuzioni di *existimatio*, il testamento può essere attaccato con la querela dell'inofficioso. Ma talora, ed importa notarlo, nel Testo trovansi le espressioni *personæ turpes, viles personæ,* adoperate indifferentemente per indicare persone, che abbiano subìto uno di quei tre gradi di diminuzione dell'*existimatio*. L'*infamia,* la *turpitudo*, la *levis nota* erano in certi casi abolite, l'*existimatio* ristabilita nella sua integrità, una volta dal popolo, e poi dagli Imperatori, accordando la *in integrum restitutio* (fr. 1, § 9, 10, *Dig. de postulan.*, III, 2; *cost. ult., Cod. de general. abolit.*, IX, 43; *cost.* 7, *Cod. de sent. passis et restitutis.*, IX, 51).[1]

C) Famiglia (*Familia*).

Instit., lib. I, tit. 8, *de his qui sui vel alieni juris sunt; Dig.*, lib. I, tit. 6, *de his qui sui vel alieni juris sunt.*

§ 44. Dopo la Libertà e la Cittadinanza, la Famiglia. - La parola *familia* ebbe presso i Romani diverse accezioni.

A) Nel suo più ampio significato, *familia* indicò l'insieme

[1] Nel Codice nostro nessuna menzione dell'infamia; è un'istituzione ignota al medesimo.

Sennonchè le persone di notoria cattiva condotta non possono essere tutori (art. 268, n. 3); e chi non gode buona fama non è ammesso a adottare (art. 215).

delle *persone* e dei *beni* sottoposti alla potestà ed al dominio di un cittadino romano indipendente (*sui juris*), che ne era il capo ed il principe (*paterfamilias*, *princeps familiæ*). Vedi i fr. 195 e 196, *Dig. de verb. signif.,* L, 16.

B) In un significato più ristretto, la parola *familia* fu adoperata a designare:

a) ora l'insieme delle persone che si trovavano sotto il potere (*potestas, manus, mancipium*) del *paterfamilias* (fr. 25, § 2, *de ædil. edict.,* XXI, 1; fr. 40, § 2, *Dig. de verb. signif.,* L, 16; *cost.* 5, *Cod. eod.,* VI, 38);

b) ora l'insieme dei beni del *paterfamilias*, il suo patrimonio (*pecunia*), gli averi suoi, insomma tutte le cose (*res*) che erano nel suo dominio durante la sua vita, e che componevano la sua eredità dopo la sua morte (fr. 195, § 2, *Dig. de verb. signif.,* L, 16; *cost.* 5, *Cod. eod.,* VI, 38; GAJO, II, 102, *e seg.*; ULP., XX, 3, 9). In questo senso la parola *familia* trovasi adoperata nelle espressioni tecniche: *emptor familiæ, familiæ herciscundæ actio.*

C) In un significato anche più limitato, *familia* valse ad esprimere, ora:

a) l'insieme dei servi sottoposti alla *dominica* o *herilis potestas* di un *paterfamilias,* purchè più di due (fr. 40, § 3 e fr. 195, *Dig. de verb. signif.,* L, 16; fr. 1, § 16, *Dig. de vi,* XLIII, 16; fr. 1, § 5, *Dig. de publicanis,* XXXIX, 4; PAOLO, *Sent. Recept.,* V, 6, 3);

b) ora l'insieme delle persone unite fra loro dal vincolo civile dell'*agnazione*, nascente dalla patria potestà: *agnati* (fr. 195, 196, *Dig. de Verb. signif.*);

c) e più tardi, le persone unite pel vincolo naturale o di sangue della *cognazione*: *cognati* (fr. 69, § 4, *Dig. de legatis,* II, lib. XXXI);

d) ed abusivamente persino gli affini, *affines* (*cost.* 5, *Cod. de verb. signif.,* VI, 38).

§ 45. Nella primitiva costituzione romana tutta aristocratica e teocratica, la famiglia era un sodalizio importantissimo nell'ordine religioso, nell'ordine politico, nell'ordine privato. – Nell'ordine religioso la famiglia era stretta dai legami di un culto proprio di lei (*sacra privata*), dall'obbligo di fare certi sacrifizi in comune ai suoi lari, ai suoi penati, in giorni e luoghi determinati. Di

qui derivava il bisogno dell'intervento sacerdotale, ogni qualvolta si volevano legare o sciogliere le relazioni di famiglia. Nell'ordine politico, lo vedemmo nella *Istoria esterna del diritto Romano,* in origine le sole famiglie patrizie componevano il *populus* sovrano; le famiglie plebee non avevano potere politico, ed erano soltanto tollerate. Più famiglie patrizie, unite fra loro per legami religiosi, politici e giuridici, componevano una *gens* (Vedi *Introduzione,* § 43): *Gens est, quæ ex multis familiis conficitur;* è la famiglia politica, complesso di più famiglie civili; sotto il punto di vista del politico ordinamento, è una estensione della famiglia civile, come sotto il punto di vista del diritto privato, ne è una continuazione; infatti in mancanza di *agnati*, legittimi eredi e tutori erano i *gentili.* Nell' ordine privato, la famiglia era, in piccole dimensioni, uno Stato retto da un governo dispotico ed assoluto. Alla testa della famiglia vi è un uomo, indipendente, che è solo ad avere diritti sulla propria persona (*sui juris*), che della famiglia è il capo; padre della medesima, ed insieme principe (*paterfamilias, princeps familiæ*); dal quale dipendono tutti i componenti quel sodalizio, sottoposti tutti ai di lui diritti, (*alieni juris*). Di qui la capitale importanza della distinzione fra ***personæ sui juris*** e ***personæ alieni juris***, ossia ***indipendenti*** e ***dipendenti.*** Il ***paterfamilias*** estende il suo potere, o sopra persone generate da lui per unione sessuale riconosciuta dalla legge (*justæ nuptiæ*), o sopra persone che ha acquistate: come i servi, la moglie, e gli uomini liberi comprati mediante la ***mancipatio.*** Il potere che ha sui figli e sui servi, dicesi ***potestas;*** quello che ha sulla moglie, ***manus;*** quello sui ***mancipati***, ***mancipium.*** – La ***potestas*** è detta ***patria potestas*** quando si considera per riguardo ai figli, ***dominica*** o ***herilis potestas***, per riguardo ai servi. Il ***paterfamilias*** aveva la facoltà di disporre di tutte queste persone nel modo più arbitrario, ma di fronte allo Stato, la moglie ed il figlio, come persone libere, non erano incapaci giuridicamente. Infatti, il figlio aveva il ***suffragium*** e gli ***honores***, aveva anche il ***commercium*** ed il ***connubium;*** se non che, quello che acquistava, l'acquistava pel padre; matrimonio non poteva contrarre senza il consenso del ***paterfamilias***, e la moglie che egli prendeva, ed i figli che ne aveva, cadevano sotto la ***potestas*** di quello. La moglie acquistava pel marito, nella ***manus*** del quale si trovava; il ***mancipium,*** provvisoriamente soltanto, era fatto

inabile all'esercizio dei diritti politici. – Il fondamento della famiglia non era il matrimonio; il matrimonio fu un elemento della medesima, ma non la sua base; il legame che teneva uniti i membri di lei non era la parentela naturale o di sangue (*cognatio*), ma un legame civile (*agnatio*), che derivava dalla *patria potestas*, ed il quale non si scioglieva che con la *emancipatio* o con la *manumissio*. Il patrimonio familiare era in proprietà (*mancipium*, poi *dominium ex jure quiritium*) del *paterfamilias*. I figli, durante la sua vita, non avevano sopra quello nessun diritto esercibile, ma il *paterfamilias* non poteva alienare le cose più importanti di questo patrimonio (*res mancipii*) senza il consenso dello Stato, dal quale in origine le ripeteva. – E se il *paterfamilias* voleva trasferirle in persone estranee alla sua famiglia, doveva ottenere quel consenso esplicito e preventivo: in origine dai comizi convocati (*calatis comitiis*), poi da cinque cittadini romani, uno per ciascheduno delle cinque classi, in cui Servio aveva diviso il *populus* (*mancipatio*), o dal magistrato (*cessio in jure*); la mancanza di questo esplicito e preventivo consenso non poteva essere supplita che da una ratifica tacita ed implicita, cioè dalla tolleranza pubblica del suo operato (*usucapio*). Alla morte del *paterfamilias*, il suo patrimonio passava nella giuridica disponibilità delle persone sottoposte alla sua potestà (*heredes sui*), e vi passava per disposto di legge, *ipso jure*, anche a loro insaputa ed a loro malgrado (*heredes sui et necessarii*), qualora costui, durante la sua vita, col consenso dello Stato (*testamentum calatis comitiis*, e poi *per aes et libram*) non ne avesse altrimenti disposto. Tale, accennato per sommi capi, era l'organismo della famiglia romana; ma col decorrere dei tempi fu grandemente modificato. Il suo carattere religioso se ne andò col paganesimo: il suo carattere politico, col mutarsi della costituzione dello Stato; ed il suo carattere originalissimo per riguardo al diritto privato, con le modificazioni sostanziali che l'*jus civile* subì, specialmente per opera dei pretori e poi degli Imperatori, che cercarono temperarne il rigore con i principj dell'*jus gentium*, vale a dire dell'equità naturale. Furono limitati gli enormi diritti del *paterfamilias* sulla persona dei figli e dei servi; quei primi poterono avere un patrimonio distinto dal patrimonio paterno. La moglie non fu più nella *manus* del marito (*loco filiae*), ma divenne una sua compagna della vita, cui il marito doveva

protezione ed ajuto, e che a lui doveva rispetto ed obbedienza soltanto. Il legame dell'agnazione perdè la sua grande importanza; non fu più la base delle successioni legittime; base ne fu la cognazione. Ma non entreremo adesso in ulteriori spiegazioni su questo argomento, per non avere poi a ripetere altrove le nostre parole; poichè nelle singole istituzioni, dovremo rappresentare queste successive modificazioni, subìte dall'ordinamento della famiglia.[1]

§ 46. Piuttosto parleremo con una certa diffusione dell'agnazione e della cognazione, questi due vincoli, che coesisterono sempre nella famiglia romana, entrambi compresi nel concetto generale della parentela, *cognatio*, nel senso più lato della parola.

A) Agnazione.

§ 47. L'agnazione è il legame civile fra più persone, derivante: *a*) dall'essere una nella potestà dell'altra, *b*) o dall'essere ambedue sotto la stessa potestà, *c*) o dall'esservi state, *d*) o dall'avervisi dovuto trovare (Gajo, I, 156; III, 10; *Inst. Imp.*, § 4, *de success. cognat.*, III, 5; fr. 4, *Dig. unde cognati*, XXXVIII, 8). Esiste dunque nel diritto Romano agnazione:

a) fra il padre e il figlio sottoposto alla sua potestà, ed i figli di questo figlio, di qualunque età e sesso sieno; e le mogli del padre, del figlio, e dei figli del figlio;

b) tra fratelli e sorelle di qualunque età, quando tutti sieno sotto la potestà paterna;

[1] La famiglia, quale è costituita dal Codice Civile italiano, è ben diversa dalla famiglia romana. La patria potestà pel Codice risiede in ambedue i genitori; essa è più un' istituzione tutelare pei figli, che un complesso di diritti importanti pei genitori.

La moglie è, durante il matrimonio, in una specie di subiezione di fronte al marito, perocchè in ossequio all' autorità maritale, non possa fare atti che eccedano la *semplice amministrazione* del suo patrimonio; ma la separazione legale per colpa del marito, fa cessare questa parziale inabilitazione della donna.

Il figlio non può contrattare col padre, nella potestà del quale si trova, ma piuttosto perchè durante la patria potestà il figlio è minore, anzichè per causa della patria potestà, e della unità di persona, che nel sistema romano fra padre e figlio ne derivava.

Quello che il figlio acquista con la propria industria, quello che gli viene donato o lasciato per atti di ultima volontà, o quello che acquista per successione ereditaria legittima, è suo; e sebbene il genitore abbia sui beni avventizi del figlio un usufrutto legale, questo è circoscritto dentro più angusti confini di quelli che erangli stati assegnati dalla legislazione romana. Lo vedremo quando parleremo della patria potestà e dei suoi effetti.

c) alla morte del *paterfamilias*, i suoi figli divengono tutti *sui juris*, e padri di famiglia se maschi, ma il legame dell'agnazione non per questo si scioglie; continua ad esistere fra le diverse famiglie, nelle quali quella primitiva è venuta a dividersi, e fra i membri che le compongono;

d) se dopo la morte del *paterfamilias* la moglie, lasciata da lui incinta, dà alla luce un figlio, questo postumo è agnato con i fratelli suoi, già nati alla morte del *paterfamilias*; perchè sebbene non sia stato seco loro sotto la medesima patria potestà, avrebbe dovuto trovarvisi se fosse nato prima della morte del comune genitore (fr. 6, *Dig. unde legitimi*, XXXVIII, 7).

§ 48. L'agnazione si acquista:

1° per *generazione*, da *justæ nuptiæ*;

2° per *legittimazione*, atto civile che fa acquistare la patria potestà sui figli nati da concubinato;

3° per *adozione*, atto civile mediante il quale un *paterfamilias* acquista la patria potestà su di una persona da lui per lo innanzi indipendente.

§ 49. Il legame dell'agnazione cessa ogni qualvolta la patria potestà, che ne è il fondamento, viene a cessare per un avvenimento che non sia la morte naturale del padre di famiglia (fr. 7 *pr.*, *Dig. de capit. min.*, IV, 5; fr. 195, § 2, *de verb. signif.*, L, 16). Il figlio il quale per quell'atto civile, che chiamasi *emancipazione*, cessa di essere sotto la patria potestà; non è più agnato nè di suo padre, nè dei fratelli. Cessa la primitiva agnazione eziandio, con quello fra i già agnati, che entra in altra famiglia civile per mezzo dell'adozione (*Inst.*, § 3, *de legit. agnat. tut.*, I, 15; fr. 4, § 10, *Dig. de grad. et affin.*, XXXVIII, 10).

§ 50. La patria potestà essendo il fondamento dell'agnazione, e di patria potestà essendo capace l'uomo e non la donna, l'agnazione esiste soltanto per via di maschi (*per mares*). La donna maritandosi e cadendo nella *manus* del marito, diviene agnata di lui ed è agnata dei propri figli, giacchè essa di fronte al marito è quasi una figlia (*loco filiæ*); ma i figli di questa donna, come pure il suo marito, non acquistano agnazione con gli agnati di lei (fr. 10, § 2, *Dig. de grad.*, XXXVIII, 10). Col maritarsi essa entra in una nuova famiglia civile, in un'agnazione diversa dalla sua primitiva, ed i figli che ella procrea, cadono sotto

la potestà del marito e non del padre di lei, e perciò sono agnati di quello, e non di questo.

§ 51. Gli agnati più prossimi sono quelli che si trovano immediatamente sotto la *potestas* del *paterfamilias*. Esemplificando: Orazio ha per figlio Scipione, che alla sua volta è padre di Cesare: Scipione è più prossimo agnato di Orazio che Cesare, perchè Scipione si ricongiunge alla persona del padre suo Orazio, nella cui potestà egli si trova direttamente, senza interposta persona; mentre Cesare si ricongiunge all'avo suo Orazio, capo della famiglia, per mezzo, o grazie all'interposizione del padre suo Scipione. Se Scipione venisse a morire, Cesare cadrebbe allora nell'immediata potestà dell'avo Orazio, e diverrebbe il più prossimo suo agnato. Un grado più remoto di agnazione è quello dell'agnazione che intercede fra fratelli e sorelle sottoposti alla medesima patria potestà, o che vi furono sottoposti, o che avrebbero dovuto esservi.

§ 52. Le sorelle e i fratelli che hanno padre e madre comuni (*germani*) sono fra loro *agnati*, come lo sono quei fratelli e sorelle che hanno a comune soltanto il padre, non già la madre (*consanguinei*). Ma agnati non sono quelli che hanno comune unicamente la madre (*uterini*).

§ 53. I figli nati da *nuptiæ*, ma non *justæ*, i figli nati da *concubinato*, dicevamo poco sopra, non sono agnati del padre loro; aggiungiamo ora che tali non sono neppure:

a) gli *incestuosi*, cioè quelli nati da un commercio fra persone congiunte in grado sì vicino che fra loro siano proibite le nozze;

b) gli *adulterini*, cioè quelli nati da adulterio;

c) gli *spurii*, o *vulgo quæsiti*, *vulgo concepti*, nomi generici che comprendono tutti gli altri figli illegittimi. Costoro sono tutti *sui juris*, appunto perchè nascendo non cadono nella potestà del padre loro.

B) Cognazione.

§ 54. La cognazione, parentela naturale o di sangue, è un legame che si stabilisce per la generazione fra più persone, delle quali l'una discende dall'altra, sia immediatamente, sia per interposta persona, o le quali hanno un autore a comune, vale a

dire discendono da uno stipite comune. Cognati sono dunque: il padre col figlio, col figlio del figlio e via discorrendo; come pure cognati sono fra loro: i fratelli, gli zii ed i nipoti, i cugini, e così di seguito. Non importa all'esistenza della cognazione che la generazione sia avvenuta in conseguenza di matrimonio, o fuori di matrimonio. Se non che il figlio illegittimo, non avendo padre che la legge riconosca, egli è cognato solamente di sua madre e dei cognati di lei (fr. 5, *Dig. de in jus voc.*, II, 4). Confrontando i due vincoli *agnazione* e *cognazione*, si rileva:

a) che taluno può essere agnato, senza essere cognato, di un altro; il figlio adottivo, per esempio, è agnato del padre adottivo, ma può in realtà non esserne cognato, perchè a lui assolutamente estraneo;

b) che taluno può essere effettivamente cognato di un altro senza essergli agnato, come p. e. il nipote è cognato dell'avo materno, ma non agnato;

c) che taluno può essere insieme agnato e cognato, come il figlio, finchè sottoposto alla patria potestà;

d) che taluno può essere in fatto agnato in un modo e cognato in un altro, verbigrazia, il nipote adottato in figlio dall'avo paterno, il quale per riguardo alla cognazione è nipote come figlio del figlio, e per riguardo all'adozione è figlio. Ciò nonostante è da avvertire che la possibilità che taluno sia agnato di una persona senza essere realmente suo cognato, e che le sia cognato in un grado, agnato in un altro, questa possibilità, diciamo, è modificata dalla regola giuridica che chi è agnato di una persona, ha da considerarsi in diritto come suo cognato nel grado stesso, sebbene in realtà non lo sia (fr. 10, § 2, 4, *Dig. de grad.*, XXXVIII, 10; fr. 1, § 4, *Dig. unde cogn.*, XXXVIII, 8). Quanto alla cognazione, fa di mestieri distinguere *specie* e *grado*.

§ 55. *A*) Per riguardo alla *specie*, i cognati possono essere: 1° *ascendenti*, 2° *discendenti*, 3° *collaterali*. Sono *ascendenti*, p. e. di Tizio, le persone dalle quali egli discende sia immediatamente, sia per interposta persona, come suo padre e sua madre, i suoi avi, i suoi proavi paterni e materni, e così risalendo fino all'infinito. Sono suoi *discendenti* la serie delle persone che discendono da lui, come i suoi figli, i suoi nipoti, i suoi pronipoti e così via via discendendo. Sono suoi *collaterali*, quelli

che insieme con lui discendono più o meno remotamente da un autore medesimo, come i suoi fratelli, che discendono dallo stesso padre, i suoi cugini, che discendono dal medesimo avo, e così di seguito. La serie delle persone che discendono l'una dall'altra, sia immediatamente (come il figlio dal padre) sia per interposta persona (come p. e. il nipote dall'avo) compongono quella che si chiama *linea retta* o *verticale* (*linea recta*); nella quale gli ascendenti formano la linea retta *ascendentale*, i discendenti la *discendentale*. Si dice che i collaterali compongono essi pure una linea, chiamata collaterale, obliquà, trasversale, ed anche orizzontale, *transversa linea*, *ex transverso*, *ex obliquo*: *a latere* (vedi fr. 1 *prin.*, *Dig. de grad. et affin.*, XXXVIII, 10).[1]

§ 56. *B*) Per riguardo al *grado*, abbiamo detto potersi i *cognati* distinguere in *prossimi* e *remoti*. La prossimità della parentela si misura dal numero delle generazioni, che intercedono fra i due *cognati*; ogni generazione compone un grado. Onde la regola: tanti sono i gradi di cognazione, quante sono le generazioni, *Tot sunt gradus*, *quot generationes;* e tante sono le generazioni, quante sono le persone, non contando lo stipite: *Tot sunt generationes quot personæ, dempto stipite.* (*Inst.*, § 7 e 8, *de grad cognat.*, III, 6; fr. 10, § 9, *Dig. de grad. et affin.*, XXXVIII, 10).[2] Esemplificando: Tizio è cognato in primo grado col proprio padre e col proprio figlio, perchè fra loro vi è una sola generazione; è cognato in secondo grado del suo avo, perchè due generazioni sono fra loro; la generazione dalla quale è nato suo padre, e la generazione dalla quale egli è nato. Quella che chiamano linea obliqua o transversale, suppone che due individui esistano in due linee rette convergenti e formanti un angolo, al vertice del quale risiede la persona dalla quale più o meno remotamente provengono, ossia lo *stipite* (*stipes communis*). Anche in questa linea così detta obliqua, vale la regola ora accennata per la linea retta: *Tot sunt gradus*, *quot generationes; et tot sunt generationes*, *quot personæ, dempto stipite;* sennonchè per

[1] Il Codice Civile italiano non conosce agnazione, bensì cognazione (che chiama *parentela*). Definisce la parentela come il vincolo fra le persone che discendono da uno stesso stipite. — E non riconosce questo vincolo oltre il 10° grado (art. 48).

[2] Concordano le disposizioni degli articoli 49, 50, 51, del Codice Civile italiano col diritto Romano, riguardo alla *specie* dei cognati o parenti, ed al loro *grado*, non che circa al modo di misurare la prossimità della parentela, sì nella linea retta, che nella linea collaterale.

contare questi gradi e generazioni, bisogna risalire da uno dei cognati collaterali fino allo stipite comune, e poi da questo discendere all'altro cognato collaterale. Così, per esempio, volendo conoscere in che grado di cognazione sono i fratelli, bisogna prima risalire da uno di questi fratelli al padre, e troviamo una generazione, e perciò un grado; poi discendere dal padre all'altro fratello, e troviamo un'altra generazione, e per conseguenza un altro grado; laonde concluderemo che i fratelli sono fra loro cognati in secondo grado. Primo grado di cognazione esiste soltanto nella linea retta o verticale, e questo primo grado è fra padre e figlio; nella linea obliqua od orizzontale, non esistono congiunti in primo grado; essa comincia con quelli di secondo; infatti i più prossimi cognati in questa linea sono i fratelli, ed abbiamo ora dichiarato che essi sono cognati in secondo grado. Nella linea obliqua od orizzontale, quando due persone si trovano alla medesima distanza dallo stipite comune, come due fratelli, due cugini ec., la linea chiamasi uguale; quando invece, l'uno è più lontano dell'altro dallo stipite comune, come p. e. un fratello, ed il figlio del fratello, la linea è disuguale.[1]

§ 57. Nella linea obliqua disuguale, merita menzione il caso, nel quale l'uno dei cognati sia immediatamente sottoposto allo stipite comune, l'altro ne sia più remoto. Ciò avviene quando di due persone, l'una sia fratello o sorella di un ascendente dell'altra, talchè quella prima sia quasi in luogo di ascendente, di fronte a questa seconda. Fra le persone che sono in codesta relazione (p. e. zio e nipote, perocchè lo zio sta quasi in luogo di padre di fronte al nipote), i moderni scrittori dicono esistere ***respectus parentelæ,*** perchè le une stanno di fronte alle altre ***loco parentum.***

§ 58. È possibile, che due persone sieno fra loro in rapporto di cognazione doppia. Ciò si verifica:

a) se due persone che già sono fra loro cognati, procreano un figlio; questi allora è cognato di ciaschedun genitore anche

[1] Il diritto Canonico seguita il medesimo sistema del diritto Civile nel calcolare i gradi della linea retta; ma nella linea obliqua ed orizzontale conta unicamente i gradi da una parte sola; vale a dire rimonta dalla persona di uno dei collaterali allo stipite comune, ed ivi si arresta, senza poi scendere a contare i gradi, che da quello stipite si trovano per discendere all'altro collaterale; e se la linea è disuguale, vale a dire se l'uno dei collaterali è più lontano dell'altro dallo stipite comune, conta solamente i gradi che esistono fra il cognato più lontano e lo stipite comune.

per mezzo dell'altro genitore. Se p. e. un cugino sposa una cugina, il figlio loro è figlio, e però cognato in primo grado, dell'uno e dell'altra, e di più è biscugino dell'uno e dell'altra, perchè è anche figlio di una cugina del padre e di un cugino della madre;

b) doppia cognazione si verifica pure quando due persone, che fra loro non sono congiunte per parentela, ma hanno un congiunto comune, procreano un figlio; per esempio, se alcuno sposa in seconde nozze la sorella della sua prima moglie, ed ha figli anche da essa, i figli di questi due matrimoni sono insieme fratelli e cugini: fratelli perchè figli del medesimo padre, cugini perchè figli di due sorelle.

§ 59. I cognati assumono nomi diversi secondo il loro grado; così nella linea ascendentale prima troviamo il padre, poi l'avo (*avus*) poi il proavo (*proavus*), poi l'abavo (*abavus*), poi l'atavo (*atavus*), poi il triavo (*triavus*); e nella linea discendentale prima il figlio, poi il nipote (*nepos*), poi il pronipote (*pronepos*), poi l'abnipote (*abnepos*), poi l'atnipote (*atnepos*), poi il trinipote (*trinepos*). Nella linea ascendentale i cognati più remoti oltre il triavo chiamavansi maggiori, antenati, (*majores*); nella linea discendentale i cognati più remoti del trinipote, chiamansi, posteri (*posteri*). Nella linea obliqua od orizzontale, il fratello del padre, ossia lo zio paterno chiamasi *patruus;* il fratello dell'avo *patruus magnus;* il fratello della madre o zio materno *avunculus*, ed il fratello dell'ava *avunculus magnus;* la sorella del padre o zia paterna chiamasi *amita*, e la sorella dell'avo *amita magna;* la sorella della madre ossia zia materna, chiamasi *matertera*, la sorella dell'ava *matertera magna;* i figli di due fratelli diconsi fra loro *patrueles*, i figli di un fratello e quelli di una sorella dal lato paterno, fra loro chiamansi *amitini;* quelli di un fratello e di una sorella dal lato materno, fra loro appellansi *consobrini;* ma *consobrini* è nome anche generico, col quale si indicano queste tre ultime specie di cugini.

§ 60. Il figlio adottivo, sebbene non sia effettivamente cognato del padre adottivo, perchè non parente per sangue, ma sia soltanto agnato, tuttavia dalle leggi è considerato eziandio come cognato; la sua dunque è una *cognazione giuridica* (fr. 1, § 4, *Dig. unde cogn.*, XXXVIII, 8; fr. 10, § 2, 4, *Dig. de grad.*, XXXVIII, 10). Vedi sopra, § 34, lett. *d*.

§ 61. La cognazione, a differenza dell'agnazione, non si estingue per qual si voglia mutamento di condizione civile delle persone, perchè essa si fonda sopra un fatto, che una volta verificatosi, è indelebile (GAJO, I, 158; fr. 8, *Dig. de regulis juris*, L, 17). Soltanto l'adozione, cognazione giuridica che si fonda sull'agnazione, cessa con essa (fr. 3, *unde cogn.*, XXXVIII, 8).

§ 62. Oltre la *cognazione*, vi è un altro legame di parentela che dicesi *affinità*. L'affinità è il legame, che in sequela del matrimonio, si stabilisce fra l'uno dei conjugi ed i parenti dell'altro.[1] L'affinità per conseguenza, non nasce già dalla generazione, sibbene dalle nozze (*Vat., fragm.* 218, 262, 302; *cost.* 5, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24; fr. 4, § 3, *Dig. de grad. affin.*, XXXVIII, 10). Il vincolo dell'affinità si fonda sulla finzione, che i coniugi compongano quasi una sola persona, talchè l'uno dei coniugi considerasi affine dei parenti dell'altro, nello stesso grado nel quale l'altro coniuge è con quelli congiunto per sangue (fr. 4, § 3 *pr.*, *Dig. de grad. et aff.*, XXXVIII, 10). La moglie, p. e., è affine in secondo grado al fratello del marito, perchè il suo marito è in secondo grado di parentela di sangue col proprio fratello. Il grado di parentela o cognazione misurandosi col numero delle generazioni che la stabiliscono, l'affinità vincolo derivante dalle nozze e non dalla generazione, veramente non ha gradi propri, ma per la finzione dell'unità di persona fra i due coniugi, si stabiliscono dei gradi anche nell'affinità, e si misurano nel modo stesso che nella cognazione. I parenti di uno dei coniugi non sono affini dei parenti dell'altro, ciò per diritto Romano; per diritto Canonico, lo sono. Per diritto Romano, per esempio, non sono affini i figli, che due vedovi, i quali si sono fra loro sposati, hanno avuto dai loro precedenti vincoli matrimoniali (fr. 34, § 2, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2). Fra gli affini hanno un nome tecnico: il socero (*socer*), la socera (*socrus*), il genero (*gener*), la nuora (*nurus*), il patrigno (*vitricus*), la matrigna (*noverca*), il figliastro (*privignus*), la figliastra (*privigna*),

[1] Concorda la definizione che dell'affinità dà il Codice Civile italiano, all'articolo 52. — Ivi:

L'affinità è il vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge.

Nella linea e nel grado in cui taluno è parente con un coniuge, è affine dell'altro coniuge.

L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal quale deriva, salvochè per alcuni effetti, nei casi specialmente determinati dalla legge.

il fratello del marito (*levir*), la sorella del marito, e la moglie del fratello (*glos*). Anche nell'affinità, ha luogo il così detto *respectus parentelæ* (fr. 4. § 6 e 7; *Dig. de grad. et aff.*, XXXVIII, 10).

§ 63. Il fondamento dell'affinità è il matrimonio; coi semplici sponsali, si stabilisce un legame che si assomiglia all'affinità, p. e., fra il padre e la fidanzata del figlio, fra il figlio e la fidanzata del padre; chiamasi, dagli interpreti, *quasi affinità*.

§ 64. Dominando il Cristianesimo, surse una parentela spirituale contratta per la cooperazione al battesimo.

Capitis diminutio.

Inst., tit. 16, lib.. I, *de capitis diminutione;*
Dig., tit. 5, lib. IV, *de capite minutis.*

§ 65. La libertà, la cittadinanza, la famiglia, questi tre elementi dello *status*, possono nel diritto Romano venir meno per diverse cagioni, che ci faremo ad enumerare. Chiamasi ***maxima capitis diminutio***, (o ***deminutio***) la perdita della libertà; ***media capitis diminutio***, la perdita della cittadinanza; ***minima capitis diminutio***, la perdita della primitiva famiglia civile, o agnazione, che provava colui, il quale lasciava la sua posizione di padre o di figlio di una famiglia civile, per divenire padre o figlio di una famiglia civile diversa (fr. 11, *Dig. de cap. min.*, IV, 5). Sulla etimologia di questa locuzione, *capitis diminutio*, è stato assai questionato. L'opinione preferibile è per avventura quella del Niebuhr (*Istoria romana*, vol. I, pag. 606, 4 ediz.), il quale ritiene che *caput* significasse il posto o capitolo, che ogni cittadino aveva nel censo, capitolo nel quale si trovavano registrate tutte le menzioni concernenti il suo *status*, e gli elementi del medesimo: *libertas*, *civitas*, *familia*. Ciò spiega perchè la parola *caput* (capitolo) fosse poi adoperata a significare *capacità*, *personalità giuridica;* in questo senso fu detto *servus nullum caput habet* (*Inst.*, § 4, *de cap. dim.*, I, 16; fr. 3, § 1, *Dig. de cap. min.*, IV, 5). È vero che in un senso più generale, *caput* significò persona umana, e perfino la persona del servo, come quando fu detto *servile caput, nullum jus habet* (fr. 3, § 1, *in f. Dig. de cap. min.*, IV, 5), ma raramente la voce *caput* fu in questo significato adoperata. In un significato simile a quello più comune di *caput*, cioè per indicare *capacità giuridica* o *giuridica persona-*

lità, troviamo usata la parola *status;* ma questa parola quando è adoperata tecnicamente significa, come sopra fu detto (vedi § 25), *condizione giuridica* o uno dei suoi tre elementi; *libertas, civitas, familia.* – La voce *status* poi, non significò mai come *caput*, persona (vedi princ. *Inst. de cap. dimin.,* I, 16; fr. 1, *Dig. de cap. min.*, IV, 5). Ciò premesso, quando taluno p. e. di libero diveniva servo, subiva una *status mutatio*, la quale consistendo in una diminuzione della sua capacità giuridica o giuridica personalità (*caput*), si diceva *capitis diminutio* (fr. 1, *Dig. de cap. min.,* IV, 5); ed anche materialmente il capitolo del censo (*caput*) che concerneva questo cittadino, subiva una reale diminuzione, cassandovisi la menzione delle qualità giuridiche, che per lo innanzi rivestiva. La *maxima capitis diminutio* portava sempre seco le altre due, cioè, chi perdeva la libertà, perdeva insieme la cittadinanza e la pristina famiglia, di cui la libertà era condizione; onde il nome di *maxima capitis diminutio* alla perdita della libertà. La *media capitis diminutio* portava seco anche la *minima,* vale a dire chi perdeva la cittadinanza, perdeva insieme lo *status familiæ*, del quale la cittadinanza era condizione; ma non perdeva la libertà, che era affatto indipendente dalla qualità di *civis* (*Inst.*, § 2, *de cap. dim.,* I, 16; Gajo, I, § 161). La *minima capitis diminutio* all' opposto non produceva effetto di sorta sulla cittadinanza e sulla libertà, ossia chi perdeva il pristino *status familiæ*, non per questo cessava di essere cittadino e libero. La *maxima* e la *media capitis diminutiones* talora venivano indicate complessivamente con la qualifica comune di *magna capitis diminutio* (fr. 5, § 3, *Dig. de extraord. cogn.*, L, 13; fr. 1, § 8, *Dig. ad S. C. Tertull.,* XXXVIII, 17); ed anche con quella di *mors civilis* (fr. 59, § 2, *Dig. de cond.,* XXXV, 1; fr. 209, *Dig. de reg. juris,* L, 16; fr. 63, § *ult.*, *Dig. pro socio,* XVII, 2). La *media capitis diminutio* chiamasi talvolta *minor* (vedi *Inst.,* § 2, *de cap. dem.,* I, 16). Ma queste gradazioni della *capitis diminutio* non sono sempre indicate con esattezza nelle Fonti, e talora troviamo *magna* per *maxima* (fr. 1, § 4, *Dig. de suis et legit.,* XXXVIII, 16), e *minor* per *minima* (cit. fr. 1, § 4, *Dig. de suis et legit.*) *Capitis diminutio* indica (l' abbiamo detto) diminuzione di capacità giuridica; tuttavolta per riguardo allo *status familiæ*, troviamo talora adoperata quella locuzione, benchè nelle circostanze in cui si dice avvenuta, il

capite minutus vegga aumentare la sua capacità giuridica, anzichè diminuire. Per l'*emancipazione,* p. e., il figlio lungi dall'essere ridotto ad una condizione deteriore, acquista maggiore capacità: di *alieni juris* divenendo *sui juris:* eppure si diceva che per l'emancipazione il figlio subiva una *minima capitis diminutio.* Ma quando parleremo dell'*emancipazione,* (di questo modo di proscioglimento della patria potestà, per la renunzia che ne fa il padre) sarà da noi osservato che il figlio di famiglia per essere emancipato, doveva in diritto antico subire in precedenza una vera degradazione, doveva, per divenire persona *sui juris*, passare per lo stato di mancipio; talchè degradazione esisteva nel *modo* necessario ad operare la trasformazione dello *status*, sebbene *nell' effetto ultimo ,* l'emancipato degradato non fosse. E questo è tanto vero, che non si parlava di *capitis diminutio* quando il figlio usciva dalla famiglia senza passare per la condizione di mancipio, esempigrazia per la morte del padre, o in seguito di certe dignità sacerdotali (GAJO, *Com.* III, § 114; fr. 3, § 4, *Dig. de S. C. Maced.*, XIV, 6).

§. 66. Incorrevano nella *maxima capitis diminutio:*

1° I prigionieri di guerra (vedi sopra, § 26), ma se riuscivano a sottrarsi alla prigionìa, passando i confini del territorio di chi li aveva presi o dei suoi alleati (*limina*), e dopo (*post*) giungevano nel territorio romano od in quello di un popolo alleato, *jure postliminii* acquistavano la libertà, e venivano considerati, come se non l'avessero perduta giammai (fr. 19, *Dig. de captiv.,* XLIX, 15; GAJO, I, 129; ULP., X, 4). Se morivano in prigionìa si consideravano come morti nel momento stesso della cattura, e per conseguenza come morti liberi; ciò per una benigna finzione della legge Cornelia; *fictione legis Corneliæ* (vedi fr. 18 e 22, *Dig. de captiv.*, XLIX, 15). I disertori, quelli che nella pugna avevano abbassato le armi rendendosi prigionieri, quelli che erano fuggiti dal nemico durante un armistizio, non godevano dell'*jus postliminii* (fr. 17 e 19, § 1, 4, 8, *Dig. de captiv.*, XLIX, 15).

2° Nel diritto Antico si perdeva la libertà, essendo venduti da chi aveva diritto di vendere. Lo Stato poteva vendere il cittadino che dolosamente si era sottratto al pubblico censimento, (*incensus*), ed al servigio militare (fr. 4, *Dig de re milit.*, XLIX, 16). Il creditore poteva vendere in territorio straniero (*trans Tiberim*) il debitore insolvente che gli era stato aggiudicato (*addictus*), e

che scorsi trenta giorni dall'*addictio* era rimasto moroso (GAJO, IV, 21, fr. 34, *Dig. de re judic.*, XLII, 1). Ma nel III periodo, queste maniere di perdere la libertà cessarono.

3° Perdevano la libertà i libertini per la ingratitudine verso il loro patrono, e per la violazione dei diritti di patronato (fr. 6, § 1, *Dig. de agn. et alend.*, lib. XXV, 3; *Inst.*, § 1, *de cap. dimin.*, I, 16).

4° A coloro che dolosamente si erano fatti vendere, con lo scopo di partecipare al prezzo della vendita e poi defraudare il compratore, il pretore negava la *proclamatio ad libertatem* (*Dig.*, XL, 13, *quibus ad libert. proclam. non licet*). Questa regola fu introdotta per impedire una frode divenuta troppo frequente. Un uomo libero si faceva vendere da un complice che riceveva il prezzo, poi divisolo con lui, reclamava la libertà, intentando la *causa liberalis* (*ad libertatem proclamabat*), e la conseguiva, perchè di fatto non era un servo. Il S. C. Claudiano ordinò che quegli che si fosse fatto reo di questa frode, perdesse la libertà, quando si fossero verificate queste condizioni:

a) Il *dolo* in chi si faceva vendere;

b) Il *danno* nel compratore, il quale danno non si sarebbe verificato se egli non avesse sborsato il prezzo;

c) L'età di 20 anni, in chi si era fatto vendere;

d) La buona fede nel compratore.

5° Pel *Senatusconsulto* Claudiano stesso, la donna libera che si era congiunta con un servo, conoscendone la condizione, e la quale persisteva in quell'unione, nonostante il triplicato avviso del proprietario di quel servo di desisterne (*denuntiatio*); o senza avviso, se si trattava di un servo del fisco o di un Municipio, perdeva insieme con le sostanze la libertà (GAJO, 1, § 84, 91; ULP., XI, § 11; PAOLO, II, § 21). Giustiniano abolì questa disposizione (*Inst.*, § 1, *de success. sublat.*, III, 12; *Cod.*, *Tit. de S. C. Claudiano tollendo*, VII, 24), già abolita da Costantino, per l'unione con gli schiavi del fisco (*cost.* 3, *Cod. Theod. ad S. C. Claud.*, IV, 11).

6° Per condanna a morte, come pure per condanna *in metallum*, o in *opus metalli;* i condannati a questi *pubblici lavori* propri di quei tempi, divenivano servi della pena (*servi pœnæ*); la pena era il loro padrone, non già lo Stato. Giustiniano, sebbene nelle Istituzioni lasciasse in vigore questa servitù (§ 1; *Inst.*, *de cap. demin.*, I, 16), l'abolì con la sua *Novella* 22, cap. 8. La disposizione della

legge delle XII tavole che il ladro preso sul fatto (*fur manifestus*) dovesse divenir schiavo del derubato, fu abolita dall'Editto pretorio, che a questa pena sostituì una pena pecuniaria (Gajo III, 189; IV, 111).

§ 67. Incorrevano nella *media capitis diminutio:*

1° Coloro che perdevano la libertà, e che per conseguenza subivano la *maxima capitis diminutio*.

2° Quelli che acquistavano una cittadinanza all'estero, avvegnachè per diritto civile Romano fosse incompatibile la romana cittadinanza con altra cittadinanza qualunque (Cic., *pro Balbo*, 11, 34). Laonde lo schiavo prigioniero di guerra, che mediante la manomissione aveva acquistato la cittadinanza romana, la perdeva se ritornando in patria *jure postliminii* riacquistava la sua pristina cittadinanza (fr. 5, § 3, *Dig. de capt.*, XLIX, 15).[1]

[1] La cittadinanza si perde, secondo l' art. 11, Cod. Civ.

1° Da colui che vi renunzia con dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile del proprio domicilio, e trasferisce in paese estero la sua residenza.

2° Da colui che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero.

3° Da colui che senza permissione del governo, abbia accettato impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera.

La moglie ed i figli minori di colui che ha perduto la cittadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno.

Nondimeno possono riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nel capoverso dell'articolo 14 quanto alla moglie, e nei due capoversi dell'articolo 6° quanto ai figli: vale a dire quanto alla moglie, se risieda nel regno o vi rientri e dichiari in ambidue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile volervi fissare il suo domicilio; e quanto ai figli, facendo la dichiarazione di volere eleggere la qualità di cittadini, e fissando nel regno il loro domicilio entro l'anno della fatta dichiarazione; oppure accettando un impiego nel regno o servendo nell'armata, o altrimenti soddisfacendo alla leva.

La perdita della cittadinanza nei casi espressi nell'articolo precedente, non esime dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porti le armi contro la patria (art. 12).

Il cittadino che ha perduto la cittadinanza per alcuno dei motivi espressi nel riportato art. 11, la recupera purchè:

1° Rientri nel regno con permissione speciale del governo;

2° Rinunzi alla cittadinanza straniera, all'impiego, od al servizio militare accettato in paese estero;

3° Dichiari avanti l'uffiziale dello stato civile di fissare, e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel regno (art. 13).

La donna cittadina che si marita ad uno straniero, diviene straniera, semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito.

Rimanendo vedova, recupera la cittadinanza, se risieda nel regno o vi rientri, e dichiari in ambidue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio (art. 14).

L'acquisto o il riacquisto della cittadinanza nei casi precedentemente espressi, non ha effetto se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite (art. 15).

I diritti civili sono goduti da ogni cittadino e straniero, ma costoro ne possono decadere per condanna penale (art. 1 e 2 del Codice Civile).

3° Quelli che erano condannati alla *interdictio aquæ et ignis*, mezzo indiretto per infliggere al cittadino romano l'esilio, che direttamente non si sarebbe potuto infliggergli. Nell' epoca imperiale questa pena fu applicata sotto la forma di *deportatio in insulam*, dalla quale i *deportati* non potevano uscire sotto pena di morte (GAJO, I, 161; fr. 2, § 1, *Dig. de pœnis*, XLVIII, 19).

§ 68. Subivano la *minima capitis diminutio* quelli che entravano in una famiglia civile, o agnazione diversa dalla loro primitiva, o che cominciavano una famiglia civile o agnazione differente e separata. Ancora la *minima capitis diminutio* cagionava un peggioramento nella primitiva condizione del cittadino, peggioramento permanente, quando egli perdeva la qualità di uomo *sui juris* per divenire *alieni juris*, o quando gli diminuivano le eventualità di divenire *sui juris*; peggioramento transitorio, quando per divenire *sui juris* gli era necessario passare pel *mancipio*. Verificavasi questa *minima capitis diminutio:*

1° Quando perdeva la libertà o la cittadinanza.

2° Mediante l'*arrogazione*, atto solenne pel quale, come vedremo, l'uomo *sui juris* si sottopone alla patria potestà di un altro, e diviene *alieni juris* (fr. 11, *Dig. de cap. min.*, IV, 5), peggiorando così notabilmente la sua pristina condizione.

3° Mediante l'*adozione*, atto solenne pel quale (lo diremo più diffusamente in seguito) un figlio di famiglia passava dalla potestà di suo padre naturale, in quella del padre adottivo. Nel diritto antico per compiere l'adozione, essendo necessario che l'adottato passasse pel mancipio, dicevasi che essa cagionava un peggioramento di condizione; ma abolite le antiche forme dell'adozione, e stabilita poi l'*adoptio minus plena* (vedi sotto, § 124) l'adozione cessò di essere causa vera di *capitis diminutio*.

4° Mediante l'*emancipazione*, atto solenne pel quale il *paterfamilias* si dimetteva dalla sua *patria potestas* sul figlio o sul nipote. Poco sopra lo notammo, ma giova ripeterlo, per compiere l'emancipazione nel gius antico era necessario che i figli emancipandi passassero pel mancipio; dunque mutavano transitoriamente è vero, ma pure mutavano in peggio, il loro pristino stato. Questo effetto cessò, quando sparì l'antica forma dell'emancipazione.

5° I figli di chi si faceva arrogare (*arrogato*), subivano *una minima capitis diminutio*, perchè col padre loro passavano sotto la potestà di chi l'arrogava (*arrogatore*); lasciavano dunque l'an-

tica famiglia paterna per entrare in quella dell' arrogatore (fr. 3, *Dig. de cap. min.,* IV, 5). Essi pure in realtà mutavano in peggio la loro pristina condizione, perdendo delle eventualità di divenire *sui juris;* e di vero, mentre prima dell'arrogazione del loro genitore, con la morte di lui sarebbero divenuti *sui juris,* dopo l'arrogazione, quella morte non avrebbe più cagionato loro cotal vantaggio: essi infatti sarebbero rimasti nella potestà dell'arrogatore, anche morto il loro padre naturale; e la morte dell' arrogatore non sarebbe loro riuscita vantaggiosa, perchè per quella sarebbero ricaduti nella potestà del loro padre naturale.

6° La donna venendo nella *manus* del marito, nel diritto antico subiva una *minima capitis diminutio;* essa infatti veniva *filiæ loco.* In *gius nuovo* la *manus* più non esistendo, è sparito questo caso di *capitis diminutio.*

§ 69. Nel diritto Giustinianeo i soli arrogati si dovrebbero considerare come *capite minuti,* perchè i soli che realmente mutino in peggio la loro condizione, di *sui juris* divenendo *alieni juris.* Ma del rimanente, nel diritto Giustinianeo la dottrina della *capitis diminutio minima* non ha reale importanza, perchè i diritti derivanti dalle relazioni di famiglia e i diritti di successione ereditaria, non si fondano più sulle relazioni civili o di agnazione, ma su quelle di sangue o di cognazione, e la *minima capitis diminutio* non ha mai fatto perdere la cognazione, sibbene l'agnazione (*Instit.*, § 6, *De cap. dimin.*, I, 16; fr. 5, *Dig. unde cogn.*, XXXVIII, 8). Lo schiavo per la manomissione non subiva *capitis diminutio,* perchè non aveva *caput.* (fr. 3, § 1, *Dig. de capit. minut.*, IV, 5). Le dignità, gli impieghi non costituivano un vero *status,* quindi la loro perdita non era una *capitis diminutio,* ossia una *status mutatio* (fr. 3, *Dig. de senat.,* I, 9; *Inst.*, § 5, *de cap. dimin.*, I, 16).[1]

[1] La nostra legislazione non ha un sistema di *capitis diminutiones* vero e proprio, come l'ha la legislazione romana: ed eccone le ragioni:
Il Codice non riconosce un vincolo civile di agnazione derivante dalla patria potestà, e per conseguenza non una famiglia *civile*, l'uscire o l' entrare nella quale abbia giuridica importanza. Il figlio di famiglia è sottoposto alla patria potestà dei genitori, la donna all' autorità del marito, e costoro fino ad un certo punto si possono dire persone dipendenti, *alieni juris*; ma questa subiezione è così leggiera, che non possono alla medesima applicarsi tutte le idee romane sulla *patria potestas* e sulla *manus*. Il figlio con l' *emancipazione* esce dalla *patria potestas*, ma questa emancipazione lungi dal tornargli pregiudicevole, è per lui una *parziale abilitazione*, e lascia intatte le relazioni di *parentela naturale,* sulla quale pel Codice nostro si fondano i diritti di *successione ereditaria*, e gli *oneri della tutela*. L'*adozione* non ingenera patria potestà sul-

II. Altre cause diverse dallo Status.

A) Religione.

§ 70. Nei primi tempi di Roma, tutti i cittadini avendo lo stesso culto, non esistevano differenze di capacità giuridica derivanti dalla religione; ed in seguito, quando i molti forestieri accolti nello Stato vi professarono religioni diverse, essi non ebbero a risentirne pregiudizio; la *judaica superstitio* p. e. (locuzione con la quale da prima indicavasi anche il cristianesimo) non privava del godimento dei diritti civili, almeno fino a tutto il regno dei primi imperatori (fr. 3, § 3, *Dig. de decur.*, L, 2; fr. 11 *pr.*, *Dig. ad legem Corneliam,* XLVIII, 8). Ciò spiega perchè nelle Pandette non si trovi nessuna disposizione sulla religione, come causa limitatrice della capacità giuridica. Ma in seguito i cristiani,

l'adottato; non è per conseguenza causa di mutazione di stato nè per l'adottato nè pei suoi figli. Non vi ha dunque presso di noi *minima capitis diminutio* vera e propria.

La cittadinanza si può perdere ancora per la legislazione nostra, ma lo straniero essendo ammesso a godere dei *dritti civili privati* alla pari del cittadino (art. 3), non lice considerare la perdita della medesima come una *media capitis diminutio*, almeno di fronte al diritto *privato*, del quale soltanto noi ci occupiamo.

Una diminuzione di capacità può per altro derivare dalla *condanna per causa penale* (art. 1). Ma il Codice Civile rilascia al Codice Penale la determinazione dei diritti che si perdono o si sospendono per condanna penale. e la indicazione delle pene, la condanna alle quali, è causa della perdita o della sospensione de' dritti.

Eccezionalmente il Codice Civile parla di perdita o sospensione di diritti a cagione:

a) del reato di omicidio volontario e della condanna ad una pena criminale, per riguardo al matrimonio (art. 62 e 151) ed ancora della condanna alla carcere o ad una pena correzionale, per riguardo alla tutela (art. 269. 270).

b) del reato di omicidio consumato o tentato sulla persona alla successione della quale l'omicida sarebbe stato chiamato, come causa di *indegnità* a succedere per legge e ad acquistare per testamento (art. 725, n° 1, art. 764) dell'accusa calunniosa, e di alcune violenze private, come causa anch'essa di indegnità nel delinquente ad acquistare per testamento o succedere per legge all'accusato o violentato (art. 725, n° 2, 3, 4; art. 764).

c) del delitto di omicidio tentato, ingiurie gravi e sevizie e di crimini verso il donante, commessi dal donatario, come causa di revoca di donazione (art. 1081).

In termini vaghi e generali il Codice poi fa parola:

1) dell'*interdizione* per *causa di pena* come causa di *incapacità a contrattare* (art. 1107).

2) della *perdita dei diritti civili* come ragione della estinzione del *godimento* di una rendita vitalizia (art. 1801).

3) della perdita per *condanna del godimento* e *dell' esercizio dei dritti civili,* come causa di incapacità a fare da testimone in un testamento (art. 788).

Appena occorre dire che il Codice nostro non ammette una *maxima capitis diminutio*, poichè la schiavitù è ignota, la dio mercè, ai nostri costumi.

come quelli che non seguitavano la religione di alcuna nazione, ebbero a patire fiere persecuzioni. Quando il cristianesimo divenne la religione dello Stato, cominciarono a distinguersi agli effetti civili i cristiani (*fideles*) dai non cristiani (*infideles*), e questi ultimi furono in condizione giuridica diversa secondo che erano pagani, giudei, o apostati.

a) I *pagani* erano i cultori dell'antica religione, che avevano lungamente perseguitato i cristiani. Essi furono in condizioni diverse a seconda dei tempi, e talora furono perfino protetti contro le violenze di chi non aveva le loro opinioni religiose (*cost.* 6, *Cod. de paganis*, I, 11).

b) I *giudei* ebbero in origine gli stessi diritti dei cristiani (*cost.* 8, *Cod. de judæis,* I, 9), ma si considerava e si puniva come adulterio il loro matrimonio coi cristiani (*cost.* 6, *Cod. de judæis*, I, 9), nè si ammettevano a deporre in giudizio contro i cristiani (*cost.* 21, *Cod. de hæret.,* I, 5), ed inoltre erano esclusi dai pubblici uffizi (*cost.* 19, *Cod. de judæis*, I, 9).

c) Gli *apostati,* cioè quelli che avevano abbandonato la religione cristiana per un'altra, erano incapaci di testare, di acquistare per testamento, e di donare (*cost.* 2, 3, 4, *Cod. de apostat.*, I, 7).

d) Gli *eretici,* cioè quelli che aderivano ostinatamente ad un errore condannato formalmente dalla Chiesa cattolica, come p. e. gli anabatisti, i donatisti, i manichei, erano ugualmente inabilitati a far testamento e ad acquistare un' eredità. I manichei ed i donatisti erano a peggiore condizione degli altri eretici tutti, perchè dichiarati incapaci di fare qualunque contratto. Il codice Teodosiano e quello Giustinianeo hanno respettivamente un titolo che li riguarda (*Cod. Just. de hæret.,* I, 5; *Cod. Theod. de hæret.*, XVI, 5), ed alcune disposizioni a loro sfavorevoli si leggono pure nelle Novelle 109 e 115.[1]

B) Professione.

§ 71. Durante il regno dei primi imperatori, alcune industrie

[1] La religione e la professione non hanno nessuna influenza sulla capacità civile nel Codice Italiano. — Soltanto servono come dispensa dagli uffizi di tutore certi impieghi importanti e dignitosi; le occupazioni che portano seco essendo incompatibili con quelli uffizi (art. 272); come pure la qualità di militare in attività di servizio, dà diritto ad essere dispensati o dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela (art. 273, nº 6). Alcune prescrizioni non corrono contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno (art. 2120 e 2145). Godono di privilegi nella testamentifazione (art. 799).

erano causa di certi privilegi; per esempio, quei latini che si davano al trasporto ed al commercio dei grani, potevano divenire cittadini (ULP., III, 1, 6). Goderono l'esenzione da peculiari oneri pubblici, quelli che esercitavano professioni liberali (*liberalia studia*), come i legali ecc. I militari, *milites*, così chiamati in contrapposto ai non militari, *pagani*, sono scusati della loro *juris ignorantia*, hanno privilegi notevoli per riguardo alla testamentifazione, tanto che non havvi presso che regola alcuna su questo argomento, obbligatoria pei *pagani*, che lo sia anche pei *milites*; profittano del *beneficium competentiæ*. I *chierici* non possono contrarre matrimonio quando hanno ricevuto gli ordini maggiori; è vietato ai vescovi ed ai monaci di fare da tutori a chicchessia; ma per altro godono di non pochi privilegi. Gli abitanti del contado (*rustici*) sono giudicati con più indulgenza degli abitanti delle città, in ispecial modo relativamente alle conseguenze della *ignorantia juris*. Ma di tutto questo tratteremo più diffusamente, esponendo le singole istituzioni, in molte delle quali vedremo che effetti abbia la professione.

C) DOMICILIO.

§ 72. Il *domicilio* è: la residenza stabile in un dato luogo, con l'animo di rimanervi costantemente (*cost.* 7, *Cod. de incol. et qui domic.*, X, 39; fr. 203, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Il domicilio di una persona ha effetti giuridici importanti sulla capacità legale della medesima; perchè è la legge del luogo di domicilio che determina la capacità dell'uomo, che regola i suoi acquisti, le sue alienazioni, che governa la sorte delle sue cose mobili, la forma esterna dei suoi atti giuridici, che stabilisce i suoi oneri personali, e la competenza dei suoi giudici (fr. 29, *Dig. ad municip.*, L, 1; fr. 65, *Dig. de judiciis*, V, 1; *cost.* 6, *Cod. de incolis*, X, 39; *cost.* 10, *Cod. de munerib.*, X, 41). L'*assenza* o la *presenza* di alcuno, riguardo ad un dato luogo ha, lo vedremo, effetti importanti in materia di usucapione e di restituzione in intiero. Il domicilio è *volontario* o *necessario*.

§ 73. *A*) È *volontario*, quando la scelta del medesimo dipende dalla nostra volontà. Resulta da due elementi:

a) la volontà di abitare stabilmente in un dato luogo (*animus*).

b) il fatto dell'abitazione (*corpus*). Il concorso di questi due

elementi, è essenziale a stabilire il domicilio; mancando o l'uno o l'altro, non vi ha domicilio (fr. 17, § 5; fr. 20; fr. 27, § 1, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 4, *Cod. de incol.*, X, 39.

c) La volontà (*animus*) può essere sì espressa che tacita, vale a dire può essere manifestata con parole, o può resultare dal complesso delle circostanze, e dal principio di contradizione (fr. 27, L, 1, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 7, *Cod. de incol.*, X, 39). L'origine, congiunta al fatto dell'abitazione, fa supporre quella volontà; per conseguenza, se taluno è nato in un dato luogo da genitori abitanti o cittadini del medesimo, ed in quel luogo abita stabilmente, si presume ivi domiciliato (fr. 203, *Dig. de verb. signif.*, L, 16.) La dimora in un luogo, ma per cagione temporaria, non basta a dimostrare il domicilio. Laonde, se taluno dimora in un luogo per cagione di commercio, di studi, di difesa di liti, di cultura di terreni, non vi è domiciliato (*cost.* 2 e 7, *Cod. de incol.*, X, 39; fr. 27, § 2, *Dig. ad municip.*, L, 1); come non vi è domiciliato chi vi ha una casa o dei fondi (fr. 17, § 13, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 4, *Cod. de incolis*, X, 39), ma non la sua sede ordinaria e principale, non il centro dei suoi affari (fr. 27, § 1, *Dig. ad municip.*, L, 1).

d) Il fatto dell'abitazione (*corpus*) deve essere completo, ossia deve consistere in una dimora stabile, nell'esercizio intiero della vita civile (cit. fr. 203, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Non importa che sia protratto per lungo tempo, quando le altre circostanze addimostrino la volontà di abitare stabilmente. Ma questo fatto, non può essere supplito dalla semplice intenzione (fr. 20, *Dig. ad municip.*, L, 1), ancorchè manifestata espressamente, o addimostrata con l'abbandono della precedente dimora, o col viaggio verso il luogo dove si intende stabilire domicilio. [1]

[1] Il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei suoi affari ed interessi.

La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale (art. 16, Cod. Civ.).

Il trasferimento della residenza in un altro luogo con l'intenzione di fissarvi la sede principale, produce cangiamento di domicilio.

Tale intenzione si prova con la doppia dichiarazione fatta all'uffizio dello stato civile del comune che si abbandona, e a quello del comune in cui si fissa il domicilio, o con altri fatti che valgano a dimostrarla (art. 17).

La moglie che non sia legalmente separata, ha il domicilio del marito; divenendo vedova lo conserva, finchè non ne abbia acquistato un altro.

Il minore *non emancipato* ha il domicilio del padre, della madre, o del tutore.

Il maggiore *interdetto* ha il domicilio del tutore (art. 18).

Si può eleggere domicilio *speciale* per certi affari od atti.

Quest' elezione deve resultare da prova scritta (art. 19).

§ 74. *B*) *Necessario* è il domicilio, quando per legge siamo obbligati a stare in un luogo determinato. Domicilio necessario hanno:

a) i relegati, nel luogo della loro relegazione (fr. 22, § 3; fr. 27, § 3, *ad municip.*, L, 1);

b) i militari nel luogo di guarnigione, i pubblici ufficiali nel luogo di ufficio (fr. 23, § 1, *Dig. ad municip.*, L, 1; fr. 11, *Dig. de senat.*, I, 9; *cost.* 8, *Cod. de incolis*, X, 39);

c) la moglie, nel luogo dove è domiciliato il marito (fr. 38, § 3, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost. ult.*, *Cod. de incol.*, X, 39;

d) il figlio di famiglia, nel luogo ove è domiciliato suo padre (fr. 3 e 4, *Dig. ad municip.*, L, 1), ammenochè col consenso paterno non si sia domiciliato altrove;

e) il pupillo, nel luogo sceltogli dal tutore, o dal defunto suo padre (fr. 1 *pr.*, e fr. 5, *Dig. ubi pup. educ.*, XXVII, 2), o destinatogli dal giudice. Chi non ha domicilio fisso, cioè chi non ha intenzione di stare costantemente in nessun luogo, dicesi *vagus, vagabundus*. E come vi hanno persone senza domicilio, così possono esservene altre che ne abbiano due (fr. 6, § 2; fr. 27, § 2, *Dig. ad municip.*, L, 1); tali sono quelle che abitano alternativamente in due luoghi diversi, verbigrazia l'estate in campagna, l'inverno in città, con l'animo di stare continuamente in questi due luoghi nei tempi indicati, talchè li hanno forniti di tutto quanto è necessario ad una comoda abitazione, e da ambedue indifferentemente dirigono i loro affari, come da centro dei medesimi. Chi per *volontà* o per *necessità* ha due domicili, ha doppi gli oneri e i diritti (fr. 17, § 9, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 2 e 6, *Cod. de incol.*, X, 39); chi per *dignità* conserva il suo domicilio volontario, col nuovo domicilio di impiego, ha doppi i diritti, non gli oneri (fr. 23, *Dig. ad municip.*, L, 1; fr. 11, *Dig. de senator.*, I, 9).

§ 75. La morte, la renunzia espressa, la tacita, purchè non fraudolentemente intese ad evitare dei nuovi oneri imposti, l'esilio penale, fanno cessare il domicilio (fr. 16, 17, 34, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 4 e 5, *Cod. de incol.*, X, 39).

PARTE SECONDA.

Diritti di condizione civile delle persone giuridiche.

Dig., lib. XLVII, tit. 22, *de collegiis et corporibus*. lib. III, tit. 4, *quod cujuscumque universitatis nomine, vel contra eam agatur; Cod.*, lib. XI, tit. 29, *de jure reipublicæ.*

§ 76. Parlando delle persone giuridiche in contrapposto alle persone fisiche (vedi § 5), dicemmo che le persone giuridiche sono esseri fittizi e non persone fisiche, cui ciò non pertanto la legge attribuisce capacità ad alcuni diritti. Questi diritti ai quali hanno capacità, essendo diritti patrimoniali, si può dire col Savigny, che la persona giuridica: è un *subietto di diritti patrimoniali, creato artificialmente* (vedi *Sist. di diritto Romano*, vol. II, § 85). La capacità ai diritti delle persone giuridiche essendo una creazione della legge, l'estensione della medesima deriva dal decreto di loro autorizzazione, dal diritto pubblico del paese, e dal fine che si propongono.[1] Fu detto che le persone giuridiche constano:

[1] I comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale *tutti i corpi morali legalmente riconosciuti* sono considerati come persone, e godono dei diritti civili, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico (Cod. Civ., art. 2).

I beni delle provincie e dei comuni si distinguono in beni *di uso pubblico*, ed in beni *patrimoniali*. La destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico, e le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali, sono determinate da leggi speciali (art. 432).

I beni degli istituti civili od ecclesiastici e degli altri corpi morali, appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere (art. 433).

I beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, e non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo (art. 434).

Le eredità devolute ai *corpi morali* non possono essere accettate che col l'autorizzazione del governo, da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali (art. 932). Esse non possono essere accettate che col benefizio dell'inventario, secondo le forme stabilite dai respettivi regolamenti (art. 932).

Lo stesso si dica delle donazioni (art. 1060).

L'usufrutto stabilito a favore di comuni o di altri corpi morali per atti fra vivi o di ultima volontà non può eccedere la durata di trenta anni (art. 518).

Tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione, e possono opporla come i privati (art. 2114).

Lo Stato pei suoi beni *patrimoniali* (art. 426, 428) si può considerare come un corpo morale. I suoi beni patrimoniali non si possono alienare che in conformità delle leggi che li riguardano (art. 430). Il patrimonio dello Stato acquista la eredità in mancanza di persone chiamate a succedere per legge o per testamento (art. 721 e 758).

Lo Stato pei suoi beni patrimoniali è soggetto alla prescrizione, e può opporla come i privati (art. 2114).

Lo Stato, i comuni e gli altri corpi morali non sono sottoposti alle disposizioni dell'articolo 1832, relativamente alla restituzione di un capitale mutuato portante interesse maggiore di quello legale (art. 1833 capoverso).

1° o di una associazione di persone.

2° o di un aggregato di diritti e di beni. – Esaminiamole in questo duplice aspetto.

A) Associazioni di persone.

§ 77. Corporazione (*universitas*, *corpus*, *collegium*, *ordo*) è un'associazione di persone, alla quale la legge ha riconosciuto una certa capacità giuridica, una personalità speciale, cui insomma ha dato una condizione civile. Lo scopo pel quale le corporazioni hanno ricevuto quella capacità giuridica, è la pubblica utilità. La più grande ed insieme la più antica corporazione, è lo Stato; il mantenimento del medesimo esige spese, le quali si fanno con dei beni, proprietà di questo ente fittizio, di questa persona giuridica, che si dice Stato. Quindi sempre troviamo fatta menzione di un tesoro dello Stato, di fondi dello Stato, di acquisti che lo Stato fa mediante donazioni, eredità ecc. ecc. Un assurdo giuridico sarebbe il considerare come proprietari di questi beni, i cittadini che compongono lo Stato, perchè essi non debbono nè possono disporne. Per le stesse ragioni i municipi, le colonie, le città, ed ancora i borghi ed i villaggi (*civitates*, *fora*, *conciliabula*, *castella, vici*) furono riconosciuti come persone giuridiche (fr. 73, § 1, *Dig. de legat.*, I, (30); *cost.* 2, § 5, *Cod. de jurejur. propt. calumn.*, II, 59) e perfino lo furono delle intiere provincie (*cost.* 9, 11, 12, *Cod. Theod. de legat. et decret. legat.*, XII, 12), come in antico lo erano state le *curiæ* e le *gentes*. I collegi dei sacerdoti e delle vestali furono presto riconosciuti come persone giuridiche, capaci di avere o di acquistare i beni necessari a sopperire alle spese del culto (vedi il fr. 38, § 6, *Dig. de legat.*, III, 32). Ancora fu accordata personalità giuridica ad alcune associazioni destinate al pubblico servizio, p. e. al corpo dei decurioni di una città (*curia*), il qual corpo potè avere dei beni distinti da quelli delle città (Niebuhr, *St. Rom.*, tomo III), alle legioni, ed altri corpi militari, alle associazioni di ufficiali pubblici subalterni, fra i quali i magistrati sceglievano i loro sottoposti, come per esempio gli *scribæ*, i *notarii*: questi componevano delle *decuriæ*, onde il loro nome di *decuriati* e *decuriales*. Corporazioni di artigiani esistevano fino dai tempi della Repubblica, come quelle dei fabbri, dei fornai, dei barcaiuoli (fr. 17, *de excusat.*, XXVII, 1; fr. 5, § 12, e 13, *Dig.*

de jur. imm., L, 6, fr. 1 *prin.*, *quod. cujusc.*, III, 4), e ad esse pure fu attribuita personalità giuridica, come lo fu altresì ad alcune associazioni intese a speculazioni commerciali o industriali, ma interessanti lo Stato, p. e. alle *societates publicanorum*, *argentifodinarum, salinarum etc.* (fr. 1 *pr.*, *Dig. quod cujusc. univ.*, III, 4; fr. 59, *Dig. pro socio,* XVII, 2), e perfino ad alcune associazioni amichevoli di persone, che con le rendite dei beni della loro corporazione erano intente a celebrare alcune cerimonie religiose, non disgiunte, in certe epoche dell'anno, da banchetti se non lautamente imbanditi, almeno allegramente tenuti (*sodalitia*, *sodalitates*). Queste ultime associazioni divenute faziose, furono disciolte, e fu impedito di ricomporle senza espresso permesso dello Stato (fr. 3, § 1, *Dig. de colleg. et corp.*, XLVII, 22; fr. 1 *pr.*, *Dig. quod cujusc.*, III, 4).

§ 78. All'esistenza di una corporazione, il diritto Romano esige:

a) Almeno tre persone: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est* (fr. 85, *Dig. de verb. significat.*) Questo numero non è necessario per la continuazione della corporazione; a tale effetto basta che rimanga anche una sola persona (fr. 7, § 2, *Dig. quod cujusc.*, III, 4); il cambiamento per surroga delle persone, che prima composero la corporazione, non ha effetto sulla di lei esistenza (fr. 7, § 2, *Dig. quod cujusc.*, III, 4; fr. 76, *Dig. de judiciis,* V, 1).

b) Il permesso dello Stato, che attribuisca esistenza e condizione civile alla corporazione, ossia giuridica personalità (fr. 1, § 1 *pr.*, e fr. 2, 3, § 1, *Dig. de coll. et corp.*, XLVII, 22; fr. 1 *prin.*, *Dig. quod cujusc.*, III, 4).

§ 79. I diritti dei quali lo Stato riconosce capace la corporazione, facendola persona giuridica, sono consentanei al *modo di essere* ed allo *scopo* di lei. Non le riconosce *diritti di famiglia,* perchè priva delle relazioni sulle quali questi si fondano, ma le riconosce diritti patrimoniali reali, e diritti emergenti da un rapporto obbligatorio; ed in qualche tempo e luogo, anche diritti di successione ereditaria. La corporazione ha capacità alla proprietà di ogni specie di cose (fr. 1, § 1, *Dig. quod. cujusc.,* III, 4); proprietà che risiede nell'ente fittizio, non già nei suoi membri (fr. 6, § 1, *Dig. de divis. rerum*, I, 8; *Instit.*, § 6, *de rerum divisione,* II, 1; fr. 7, § 1, *quod cujusc.,* III, 4). Alcuni

membri della corporazione possono talora avere il godimento di certi beni della corporazione stessa; allora questi beni si dicono *res universitatis*, in contrapposto al *patrimonium universitatis*, che consta di quei beni dei quali il godimento non spetta ai singoli membri, ma è riserbato alla corporazione. Può la corporazione acquistare un diritto di usufrutto, non già di uso, perchè quest'ultimo presuppone come subietto una persona fisica; può (almeno nell'epoca classica del diritto Romano) acquistare il possesso delle cose per mezzo dei suoi servi o di un suo rappresentante (vedi SAVIGNY, loco cit., vol. II, § 91). I diritti emergenti da un rapporto obbligatorio, la corporazione li acquista e li esercita, ma per sè; e come tale, può avere debiti e crediti, i quali non fanno carico nè profittano ai membri di lei, neppure per una quota corrispondente all' interesse che hanno in essa (fr. 2 e 7, § 1, *Dig. quod cujusc.*, III, 4; fr. 1, § 15, *Dig. ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1). Laonde, nessuno di quei membri può escutere un debitore della corporazione, nè venire escusso da un creditore di lei, e molto meno può essere astretto col sacrifizio dei propri beni a soddisfare quel creditore. Possono in alcuni luoghi, certe corporazioni acquistare per successione sia testamentaria, sia legittima; tardi questo diritto dalle leggi Romane fu loro riconosciuto (ULP., XXII, § 5, *cost.* 8 e 12, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24), come tardi fu loro permesso di acquistare dei legati e dei fedecommessi particolari (vedi SAVIGNY, loc. cit., § 93). Non possono, in conseguenza del loro modo di essere e del loro scopo, far testamento, nominare un erede, insomma trasmettere *mortis causa* il loro patrimonio (MÜHLEMBRUCH, *Doct. Pand. P. Spec.*, lib. I, cap. 2, § 197).

§ 80. La corporazione esercita la sua capacità, con la creazione di statuti approvati dalla legittima autorità, i quali fissano le regole per l' ammissione o la reiezione dei membri della corporazione, (*collegiati, corporati*), e per l' amministrazione di lei. Il potere *deliberativo* risiede generalmente, nell' adunanza di tutti i membri della corporazione, i quali, per relazione agli altri, si chiamano *collegæ* e *sodales*; l' *amministrativo* in *syndici*, *magistri*, *curatores*. Le deliberazioni si prendono nelle pubbliche adunanze, che non sono legittime, se ad esse non furono invitati tutti i membri (*cost.* 2 e 45, *Cod. de decur.*, X, 31; *cost.* 6, *Cod. de legat.*, X, 63); e pare che almeno due terzi dei me-

desimi debbano essere presenti; questo è certo per le curie o collegi municipali (fr. 2 e 3, *Dig. de decret. ab. ord. fac.*, L, 9; fr. 3, *Dig. quod cujusc.*, III, 4; *cost.*, 45, *Cod. de decur.*, X, 31), ma le regole fondamentali stabilite pei Comuni, sembra che debbano valere anche per le altre corporazioni di specie diversa, qualora la indole loro ne comporti l'applicazione, e non si tratti di privilegi speciali delle città (fr. 1, § 1, *Dig. quod. cujusc.*, III, 4; fr. 31, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). La maggiorità dei voti dei presenti vince il partito (*cost.* 5, *Cod. de legat.*, X, 63; fr. 160, § 1, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 19, *Dig. ad municip.*, L, 1). Ma a tutte queste regole possono avere derogato gli statuti della corporazione. Le deliberazioni non possono contenere nulla di illecito, altrimenti sono invalide (fr. 4, *Dig. de colleg.*, XLVIII, 22); quando fossero delittuose sarebbero imputabili soltanto a coloro che le votarono o le eseguirono, non alla corporazione considerata come persona giuridica. Questa, mancando d'intelligenza e di sensibilità, non è capace di dolo nè di colpa, e perciò non è moralmente nè criminalmente responsabile (fr. 15, § 1, *Dig. de dolo*, IV, 3; fr. 4, *Dig. de vi*, XLIII, 16). L'amministratore o amministratori della corporazione, esercitano l'ufficio loro con le facoltà che sono state loro accordate nella elezione, e dentro i limiti del loro mandato. Acquistano per la corporazione, come i tutori fanno pei pupilli; promuovono per lei le liti; sostengono in giudizio le sue parti, qualora vi sia convenuta (fr. 1, 2, 6, 7 e 8, *Dig. quod. cujusc.*, III, 4); alienano per lei; ma queste alienazioni vanno sottoposte a certe restrizioni e limitazioni, che hanno analogia con le restrizioni imposte agli impuberi ed ai minori, coi quali la corporazione ha uguali privilegi (*arg. cost.* 3, *Cod. de jur. reipub.*, XI, 29; *cost.* 3, *Cod. de vendend. reb. civit.*, XI, 31; *cost.* 4, *Cod. quib. ex caus. majores in int. restit.*, II, 54). Gli atti dei sindaci valgono come atti della corporazione, quando non eccedono i limiti del mandato (fr. 2, § 2, fr. 8, *Dig. de admin. rer. ad civit. pert.*, L, 8; fr. 4, *Dig. de decret. ab. ord. fac.*, L, 9). – Un membro della corporazione, che non sia rivestito della qualità di suo amministratore, non può rappresentarla, acquistare per lei, nè obbligarla (fr. 20, *Dig. de rebus dubiis*, XXXIV, 5; § 6, *Instit. de rer. divis.*, II, 1; fr. 6, § 1, *Dig. de divis. rer.*, I, 8). Nel caso, che tutti i membri della corporazione meno uno, venissero a perire, questo solo

superstite non diverrebbe proprietario dei beni della corporazione; ma la rappresenterebbe senza bisogno di un *actor* o *syndicus* (fr. 7, § 2, *quod cujusc.*, III, 4). Se più sono gli amministratori della corporazione, e rivestiti tutti delle medesime autorità, sono responsabili l'uno del fatto illecito o dannoso dell'altro, quando avrebbero potuto impedirlo (fr. 2, § 8-10; fr. 3 *pr.*, e fr. 9, *Dig. de admin. rer. ad civil. pert.*, L, 8; fr. 11 e 25, *Dig. ad municip.*, L, 1; *cost.* 1 e 4, *Cod. quod quisque ord.*, XI, 35). Ognuno di essi, per i danni arrecati alla corporazione, è responsabile verso la medesima, ma non già verso i singoli membri (fr. 6, 9 *pr.*, § 4 e 10; *Dig. De admin. rer.*, L, 8, fr. 2, *Dig. quod cujusc.*, III, 4).

§ 81. La corporazione sussiste finchè le condizioni essenziali alla sua esistenza durano riunite; cessa quando vengono meno; cessa se lo Stato le revoca la sua autorizzazione, o se la discioglie per misura amministrativa (scioglimento che alcuni, a torto confrontano ad una pena capitale). Non cesserebbe per la volontà sola degli attuali suoi membri, i quali, senza l'autorizzazione dello Stato, non potrebbero distruggerla. Cessa la corporazione, *che non ha uno scopo pubblico o permanente*, se vengono a mancare tutti i suoi membri; non cesserebbe per questa ragione, se avesse scopo di pubblica e permanente utilità (vedi SAVIGNY, loc. cit., § 89).

B) AGGREGAZIONE DI DIRITTI E DI BENI.

§ 82. *a*) A differenza dalle corporazioni di queste persone giuridiche, il substrato non consiste in persone, ma in cose, ossia beni e diritti, atti a servire di mezzi per raggiungere uno scopo utile al quale è diretta la fondazione. Anche queste persone giuridiche, che chiameremo *fondazioni*, hanno degli amministratori che le dirigono: sarebbe un errore il considerare costoro come il substrato di tali fondazioni; la persona giuridica risiede nella fondazione, nell'istituzione stessa diretta ad uno scopo utile, e quasi nello scopo della medesima; gli amministratori sono soltanto i suoi organi; possono questi amministratori comporre talvolta una corporazione, che allora è una persona giuridica, diversa dalla persona giuridica, fondazione, da essi amministrata. Esemplificando: i collegi dei sacerdoti (*corporazioni*) furono in

progresso di tempo, distinti dai *templa et fana*, quando a questi fu accordata una personalità giuridica speciale (*fondazioni*). A questa categoria di persone giuridiche, che abbiamo chiamato fondazioni, appartengono gli istituti che si propongono uno scopo di pietà, e sono destinati a curare gli infermi di corpo e di mente, a raccogliere gli orfani, i vecchi, a sovvenire i poveri, ad alloggiare i pellegrini, ed a simili altre opere pietose, onde il loro nome generico di *cause pie*, *piæ causæ*, dato dai commentatori. Queste istituzioni si possono considerare come persone giuridiche, solamente quando lo Stato le ha autorizzate o confermate, cioè le ha riconosciute; altrimenti non hanno capacità giuridica; sono prive del commercio di tutte le cose che servono agli usi umani; non sono capaci di acquistare nè di alienare. L'autorizzazione dello Stato può essere posteriore alla formazione di questi istituti, ed allora ha effetto retroattivo fino al tempo della formazione (*arg.* fr. 62 *pr.*, *Dig. de hæred. instit. pr.*, XXVIII, 5). Confermata e riconosciuta che sia dallo Stato la causa pia, essa gode dei privilegi accordati ai minori per riguardo all'alienazione dei beni, ed alla restituzione in intiero (*cost.* 23 *pr.*, *Cod. de SS. Eccles.*, I, 2; *cost.* 35, *Cod. de episc. et cler.*, I, 3; *Nov.* 120, c. 1, § 2, c. 6, § 2).

§ 83. *b*) Il *fisco*, *fiscus*, o tesoro dello Stato, è la somma dei diritti, coi quali si acquistano dallo Stato i beni vacanti, ed un tempo quelli di alcuni condannati, si esigono le imposizioni, le rendite dello Stato, e le multe. *Fiscus* (parola che nel suo significato etimologico esprime *cestello*, perocchè in cestelli si trasportasse il denaro) lo dicemmo altra volta, da primo indicò il patrimonio del principe, in contrapposto all'*ærarium*, patrimonio dello Stato, poi questa distinzione disparve; il *fiscus* assorbì l'*ærarium*. Il Fisco esercita i diritti inerenti alla sua personalità giuridica per mezzo dei suoi amministratori, e li esercita con più rapidità e sicurezza dei privati; privilegio che le leggi gli accordano in vista dell'utilità pubblica. Ma dei privilegi fiscali noi parleremo in progresso, a mano a mano che l'argomento ci richiamerà a ricordarli. Generalmente si insegna e si ripete la regola, che nel dubbio si deve decidere contro il fisco: *in dubio contra fiscum*, regola desunta dal fr. 10, *Dig. de jure fisci*, ove il giureconsulto Modestino dice: *Non puto delinquere eum*, *qui in dubiis quæstionibus*, *contra fiscum facile responderit.* Ma *re-*

spondere è verbo che indica non già le decisioni dei tribunali, sibbene i responsi dei prudenti; laonde Modestino ha voluto dire che nel dare dei pareri, non si debbono attribuire al fisco dei privilegi non espressamente conferitigli dalla legge, e che nel dubbio bisogna opinare contro la esistenza di siffatti privilegi.

§ 84. *c*) Le Chiese hanno personalità giuridica nella città. Dicemmo come in Roma pagana, i templi finirono per avere una personalità giuridica, distinta dalla persona giuridica del collegio dei sacerdoti: venne tempo in cui gli Dei stessi furono considerati come proprietari di beni, che erano destinati al loro culto (Ulp., XXII, § 6). Divenuto il cristianesimo la religione dello Stato, fu attribuita la proprietà dei beni ecclesiastici ora a Gesù Cristo, ora alla Chiesa Cristiana, o al Pontefice come capo visibile di lei. Ma in progresso, fu ammessa la pluralità delle persone giuridiche anche pei beni della Chiesa, e Giustiniano ordinò, che quando il testatore avesse adoperata una espressione generica e riferibile a tutta la Chiesa, il legato dovesse attribuirsi alla Chiesa del domicilio del testatore stesso. (*cost.* 26, *Cod. de SS. Eccles.*, I, 2). Nel diritto Romano, le Chiese cristiane dopo il fisco, sono le persone giuridiche, che godono di maggiori privilegi (*cost.* 21, 22, 23, *Cod. de SS. Eccles.*, I, 2; *cost.* 28, *Cod. de episcop.* I, 3; *cost.* 1-3, *Cod. ne rei domin. vel templ.*, VII, 38; *Nov.* 131).

TITOLO II.

DIRITTI DI FAMIGLIA.

§ 85. La famiglia romana ha per fondamento la patria potestà (Vedi sopra § 45), l'esposizione dei diritti derivanti da relazioni di famiglia si riduce all'esposizione dei diritti del *paterfamilias*. Questi diritti, come fu detto altrove, sono:

1° Sui servi e sui figli (*potestas* - *dominica* o *herilis potestas* - *patria potestas*).

2° Sulla moglie (*manus*).

3° Sugli uomini liberi comprati mediante la *mancipatio* (*mancipium*). Laonde prima diremo della *dominica* o *herilis potestas*, poi della *patria potestas*, in seguito della *manus*; e prenderemo occasione da questo potere sulla moglie (*manus*) per

esporre la teorica del matrimonio, per ultimo diremo del *mancipium*. Un potere (*vis ac potestas*) il paterfamilias lo può avere anche sopra una persona libera e *sui juris* (*in capite libero*), che per difetto di età (*pupillus*), non si trovi in condizione da provvedere da sè alla difesa della propria persona e del proprio patrimonio (*qui propter ætatem suam se defendere nequit*), potere inteso alla protezione di quel pupillo (*ad tuendum eum*). Questo potere la legge civile romana più antica lo accordava al più prossimo agnato, perchè più di ogni altro interessato a difendere il patrimonio del pupillo stesso, essendo dalla legge medesima chiamato a succedere in quello, ove il pupillo fosse morto nell'età pupillare. Questo potere di tutelare il pupillo, questa tutela, si ricollega adunque coi diritti del *paterfamilias* derivanti dall'agnazione sua, e per conseguenza con la teorica della *familia:* laondè noi tratteremo della *tutela*, e dell'altra istituzione analoga, la *cura*, dopo avere parlato della *herilis potestas*, della *patria potestas*, della *manus* e del *mancipium*.

PARTE I.

Della Herilis Potestas.

§ 86. La *herilis o dominica potestas* è il complesso dei poteri, che il *paterfamilias* ha sul servo proprio.

CAPITOLO I.

Introduzione istorica.

Inst., lib. I, tit. 8, *De his qui sui vel alieni juris sunt.*

§ 87. Fu detto che per i giureconsulti romani la schiavitù era considerata come una istituzione del diritto delle genti, (Gajo, I, 52; *Inst. Imp.*, § 1, *de his qui sui*, I, 8; fr. 4, *Dig. de just. et jure*, I, 1), della quale ciò nonostante molto si occupò il diritto Civile. Lo schiavo mancava di vera capacità giuridica (fr. 3, § 1, *Dig de cap. min.*, IV, 5; fr. 20, § 7, *Dig. qui test. fac poss.*, XXVIII, 1; fr. 32; *Dig. de regul. juris*, L, 17). Era considerato come una *cosa*, ed il padrone aveva sul medesimo gli stessi diritti che sulle cose corporali tutte (Gajo, II,

13; *Inst. Imp.*, § 22, *de legatis,* II, 20). Nell'antico diritto, il padrone poteva fare dello schiavo ogni più tristo governo, fino a gettarlo come pasto alle murene; ma quando, per le guerre continue, aumentò il numero dei servi, fu sentito il pericolo di trattare troppo duramente una moltitudine divenuta formidabile pel numero. Secondo Quintiliano, nell'epoca repubblicana, i tribuni si intromettevano per impedire le soverchie crudeltà dei padroni; e queste furono cagione di *nota censoria.* Ai tempi di Augusto, un Editto fissò i casi nei quali si poteva chiedere che un servo fosse posto alla tortura (fr. 8, *Dig. de quæstionibus,* XLVIII, 18). Una legge *Petronia* vietò ai padroni di obbligare i servi a combattere nel circo contro le fiere, e loro impedì di venderli per questo scopo (fr. 42, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1; fr. 11, § 1, 2, *Dig. ad leg. Cornel. de sicariis,* XLVIII, 8). Claudio ordinò che acquistassero la libertà i servi abbandonati dal padrone, perchè divenuti vecchi o malati; e se per questi motivi il padrone invece di abbandonarli, li avesse uccisi, lo dichiarò punibile quale omicida (fr. 2, *Dig. qui sine manum.,* XL, 8; *cost. un., Cod. de lat. libert. toll.*, VII, 6). Adriano tolse ai padroni *l'jus vitæ et necis* sui servi (fr. 2, *Dig. de his qui sui,* I, 6). Vivendo il giureconsulto Gajo, non fu permesso incrudelire oltre misura e senza motivo contro i proprii servi, nè sfogare su di loro brutali libidini; infatti una costituzione di Antonino Pio volle punito, secondo la *lex Cornelia de sicariis,* chi uccideva un servo senza ragione; *male enim nostro jure uti non debemus: qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio* (Gajo, I, § 53; fr. 2, *Dig. de his qui sui*, I, 6; *Collect. leg. Moisac.*, III, 2). L'umanità, è doloroso a dirsi, non era dunque la ragione di questo miglioramento portato nella condizione dei servi; e gli imperatori cristiani, bisogna confessarlo, non si adoperarono più dei pagani a benefizio di questi infelici (vedi *cost.* 11, *Cod. comm. utr. jud.,* III, 38; *cost. un.*, *Cod. de emend. serv.*, IX, 14). I delitti commessi contro il servo potevano essere vendicati dal padrone; egli aveva facoltà di agire contro l'uccisore o l'ingiuriatore del servo suo (Gajo, III, 213; *Inst. Imp.*, § 11, *de lege Aquilia,* IV, 3; fr. 23, § 9, *Dig. eodem*, IX, 2; *cost.* 3, *Cod. de lege Aquilia*, III, 35), perchè quell'ingiuria ridondava in disdoro di lui padrone; e come per qualunque altra cosa distruttagli o danneggiatagli da altri, poteva ottenere di essere indennizzato

per la perdita o diminuzione di valore, che il suo patrimonio aveva sofferto in conseguenza della morte, della mutilazione o dello storpio del servo (Gajo, III, 222; *Inst. Imp.*, § 3-7, *de injur.*, IV, 4; fr. 15, § 35, e fr. 16 e 17, *Dig. eod.*, XLVII, 10).

§ 88. Le Istituzioni imperiali dicono: *in servorum conditione nulla est differentia* (§ 5, *de jure personarum*, I, 3) e Marciano pure asserisce: *et servorum quidem una est conditio* (fr. 5, *Dig. de statu hominum*, I, 5), il che, secondo Teofilo, significa, che non si poteva essere più o meno schiavo. Tuttavia dai servi ordinari bisogna distinguere i servi della pena (*servi pœnæ*), cioè i condannati alle miniere, i quali non avevano altro padrone che il loro supplizio, (aboliti poi da Giustiniano); ed i servi che appartenevano al popolo romano (*servi populi romani, reipublicæ*). Questi ultimi erano comprati e mantenuti per eseguire alcune funzioni pubbliche, come quelle di uscieri, di messi ec.: essi potevano per testamento disporre di metà del loro peculio (Ulp., *Reg.* XX, 16). Fra i servi dei privati occorrevano poi delle differenze nel trattamento e nella condizione, ma dipendenti dalle loro attitudini e dall'arbitrio padronale; l'uno verbigrazia, era pedagogo (*pedagogus*, *educator*), l'altro intendente (*actor*), un terzo istrione (*comœdus*) un ultimo doveva, incatenato, compiere i più faticosi lavori (*compeditus*). Vi erano ancora dei servi che il padrone dava ad altri servi nel loro peculio (fr. 17, *Dig. de peculio*, XV, 1) perchè si facessero servire, e si chiamavano *vicarii*, in contrapposto agli altri, *ordinarii*; alcuni componevano la *familia rustica*, altri l'*urbana*, fra quei primi si sceglieva dal fattore (*villicus*) fino al mandriano (*opilio*). Dai servi componenti la *familia rustica* ebbe origine il *colonato*, istituzione che nel IV periodo si estese su tutto l'Impero romano, della quale tratteremo in seguito.

§ 89. I servi, ai quali era stata promessa la libertà, sia a termine, sia sotto condizione, dicevansi *statuliberi* (Ulp., tit. 2; fr. 1, *Dig. de statuliberis*, XL, 7); erano costoro in generale trattati come gli altri servi (fr. 9 *pr.*, fr. 29, *Dig. de statuliberis*, XL, 7), se non che spirato il termine o verificatasi la condizione, divenivano liberi; ed il padrone, mentre erano *statu liberi*, non poteva disporre di essi in modo pregiudicevole al loro diritto eventuale alla libertà (Ulp., II, 3, 4; fr. 2 e fr. 6, § 3, 7; fr. 25 e fr. 29, § 1, *Dig. de statuliberis*, XL, 7). Se il pa-

drone avesse reso impossibile il verificarsi della condizione apposta all'acquisto della loro libertà, la legge considerava quella condizione come verificata (ULP., II, 4, 5, 6; fr. 23, § 1, *Dig. de statulib.*, XL, 7; fr. 3, 4, § 4; fr. 20, 34, § 1, *Dig. eod.*), giusta il principio generale sulla verificazione *fittizia* delle condizioni (fr. 161, *Dig. de regulis juris*, L, 17); e se tal condizione fosse consistita nel pagamento imposto al servo di una data somma di danaro al padrone, poteva il servo contro la regola generale, *acquistare per sè* tanto da porsi in grado di accumulare quella somma (fr. 12, § 11, *Dig. de captivis*, XLIX, 15). Nella condizione degli *statuliberi* erano ancora i servi manomessi in frode dei creditori (vedi sotto, § 98, n. 6).

CAPITOLO II.

DIRITTI COMPRESI NELLA *Herilis* o *Dominica Potestas*.

§ 90. Il *paterfamilias* era proprietario dei suoi servi, ne aveva il dominio, laonde poteva venderli con quelle condizioni che più gli aggradivano, purchè non immorali (*Vat.*, *fragm.* 6, *Tit. de servis exportandis*, *Dig.* XVIII, 7; *Cod.*, *eod.*, *tit.* IV, 55); poteva abbandonarli se gli riuscivano onerosi anzichè utili; poteva darli in risarcimento alla persona che avessero offeso o danneggiato (*noxæ dare, o dedere*). Acquistava tutto quanto lo schiavo produceva o acquistava (GAJO, II, 87; *Inst. Imp.*, § 3, *per quas personas*, II, 9; fr. 32 e 10, § 1, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1). Se il servo era istituito erede, ed il padrone gli ordinava di adire l'eredità, l'acquistava pel padrone (GAJO, II, 87; ULP., XIX, 19; fr. 6 *pr.*, e fr. 25, § 4; fr. 64, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; fr. 86, § 2, *Dig. de legatis*, I, 30). Il servo era un istrumento, per mezzo del quale il padrone poteva porre in essere atti giuridici (*Inst. prin. de stip. serv.*, III, 17; fr. 61, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1), meno gli atti giudiciari, dei quali era incapace una *servilis persona* (GAJO, II, 96). Gli acquisti a titolo lucrativo il servo li faceva pel suo padrone, anche senza suo ordine, qual suo rappresentante necessario (fr. 1 *prin.*, *Dig. de stipul. serv.*, XLV, 3). Il possesso pel padrone, il servo non non lo acquistava senza la scienza e volontà del medesimo (fr. 44, § 1, *Dig. de acq. vel amitt. possess.*, XLI, 2). Il padrone poteva dare il servo in pegno od in ipoteca, costituire una ser-

vitù personale di *usufrutto* o di *uso* su di lui, od una servitù personale *operæ servorum.* Il padrone della schiava acquistava la proprietà dei figli che essa procreava, ancorchè altri avesse avuto l'usufrutto della medesima. Quando la proprietà in Roma si distingueva in *bonitaria* e *quiritaria,* era il proprietario bonitario che profittava degli acquisti del servo (Gajo, I, 54; II, 88; III, 166; Ulp., XIX, 20; *Inst. Imp.,* § 1, *de his qui sui juris,* I, 8). L'usufruttuario del servo acquistava ciò che il servo produceva (*ex operis*), ma non già quello che al servo era legato, o donato, o l'eredità lasciatagli; tutto questo, il servo lo acquistava pel suo propretario (Gajo, II, 91; fr. 10, § 3, *Dig. acq. rer. domin.,* XLI, 1; *Inst. Imp.,* § 4, *per quas personas,* II, 9). Se più persone fossero state comproprietarie dello stesso servo, ed il servo avesse fatto un acquisto, questo era diviso *pro rata* fra i comproprietari, ammenochè il servo avesse espressamente acquistato per uno solo dei suoi padroni, o per ordine di uno solo di essi avesse concluso un affare lucrativo. Tale almeno era l'opinione dei Sabiniani, da Giustiniano accolta, e preferita alla contraria dei Proculejani (Gajo, III, 167; *Inst. Imp.,* § 3, *per quas pers.,* III, 28; fr. 5, *Dig. de stip. serv,* XLV, 3; *cost.* 3, *Cod. per quas,* IV, 27). Il padrone poteva dare al servo un peculio (*peculium*), cioè un piccolo patrimonio, perchè lo amministrasse e lo trafficasse, o poteva permettere che il servo coi suoi risparmii se lo formasse (fr. 39, e fr. 7, § 4, *Dig de peculio,* XV, 1). Questo peculio era in proprietà del padrone, ed il servo ne aveva la sola amministrazione (*Inst. pr., quibus non est permiss.,* II, 12; fr. 4, *Dig. de peculio,* XV, 1), ma se il padrone nel manometterlo non glielo toglieva, per Rescritto di Severo e di Caracalla, il servo ne diveniva proprietario (*Vat, frag.* 261; *Inst.,* § 20, *de legatis,* II, 20; fr. 53, *Dig. de peculio,* XV, 1; *cost. un., Cod. de peculio ejus qui lib.,* VII, 23).

CAPITOLO III.

Origine della Servitù.

§ 91. I servi nascono tali, o lo divengono: ***servi autem, aut nascuntur, aut fiunt*** (*Inst.,* § 4, *de jure personarum,* I, 3; fr. 5, § 1, *Dig. de statu homin.,* I, 5).

1) Nasce servo il figlio di una donna serva (Gajo, I, 82;

Ulp., V, 9), e chiamasi *verna*. Il parto è considerato come un prodotto del ventre, e perciò il padrone della schiava diviene padrone o proprietario del parto di lei. Prima di Vespasiano quando un uomo libero aveva dei figli da una schiava credendola libera, i figli maschi seguitavano la condizione del padre, le femmine quella della madre. Vespasiano volle che tutti i figli indistintamente fossero servi, e proprietà del padrone della madre loro (Gajo, I, 85). Prima di Adriano, una donna che fosse vissuta in *contubernio* con un servo altrui, col consenso del padrone del medesimo, poteva convenire che i figli, che essa avrebbe da quel contubernio, fossero servi come il padre loro, e dello stesso padrone di lui. Adriano abolì questa eccezione alle regole generali (Gajo, I, 84).

§ 92. *II*) Si diviene servo:

A) Per diritto delle genti.

B) Per diritto civile (*Instit.*, § 4, *de jure personarum*, I, 3).

A) Per diritto delle genti, cioè *ex captivitate:* altrove abbiamo parlato di questa causa di servitù; soltanto aggiungeremo qui, che quelli i quali cadevano in mano dei masnadieri che li vendevano, non erano servi di diritto; si diceva che erano *in servitute*, ma non si chiamavano *servi* (fr. 19, § 2, e fr. 24, *Dig. de captivis*, XLIX, 15, *Inst.*, § 1, *de ingenuis*, I, 4); lo stesso si ripeta dei fatti prigionieri negli scontri, cui dava luogo una guerra civile (fr. 21, § 1, *Dig. de captivis*). Diveniva servo per diritto delle genti ancora il Romano che cadeva in potere di un popolo, col quale Roma non aveva relazioni amichevoli, sebbene guerra vera e propria non fosse stata dichiarata fra i due popoli (fr. 5, § 2, *Dig. de captiv.*, XLIX, 15).

B) Per diritto civile si diviene servi in tutti quei modi che furono da noi esposti, trattando della *maxima capitis diminutio* (vedi sopra, § 66). Avvertiremo che la libertà non si perde mai per una causa non riconosciuta dalle leggi, laonde avrebbe potuto *sempre* reclamarla colui ingiustamente tenuto per servo, o venduto per tale, quantunque avesse lasciato decorrere un tempo lunghissimo senza proporre quel reclamo (Gajo, II, 48; fr. 37, *Dig. de liberali causa*, XL, 12; *cost.* 10, *Cod. eodem*, VII, 16; *cost.* 6, *Cod. de ingen. manumis.*, VII, 14; *cost.* 3, *Cod. de longi, temp. præscript.*, VII, 22).

CAPITOLO IV.

Estinzione della servitù.

§ 93. La servitù si estingueva: *A*) Necessariamente e *B*) Volontariamente.

A) *Necessariamente*, nei casi seguenti:

1° Se il padrone abbandonava lo schiavo vecchio, malato od impotente ad aiutarsi (fr. 2, *Dig. qui sine manum.*, XL, 8; *cost. un.*, § 3, *Cod. de latina lib. toll.*, VII, 6).

2° Se il padrone prostituiva la schiava, vendutagli dal primitivo padrone a condizione che non fosse prostituita (fr. 7, *Dig. qui sine manum.*, XL, 8; *cost.* 1, 2, 3, *Cod. si mancip. ita ven.*, IV, 56; *cost. un.*, § 4, *Cod. de latina libert.*, VII, 6).

3° Se il padrone isdraelita circoncideva il servo cristiano (*Cod.*, *Tit. ne christianum mancipium*, I, 10).

4° Se il servo denunziava l'omicida del proprio padrone, pel senatusconsulto Silaniano, in premio acquistava la libertà (fr. 5, *Dig. qui sine manum.*, XL, 8), come pure l'acquistava se denunziava un rapitore, un falso monetario, un disertore (*cost.* 2, 3, 4, *Cod. pro quib. caus. servi præmio libert. accip.*, VII, 13).

5° Se il servo era ammesso fra i *cubicularii* dell'imperatore, o se entrava nell'ordine sacerdotale o monacale (*cost.* 4, *Cod. de præp. sacr. cubic.*, XII, 5; *Nov.* 5, cap. 2, § 1; *Nov.* 123, cap. 17, 35).

6° Se l'erede fiduciario non manometteva il servo, che era stato incaricato di manomettere, il pretore lo manometteva per lui (fr. 28, § 4, 39, 51, *Dig. de fideic. libert.*, XL, 5).

7° Se giungeva il termine, o si verificava la condizione apposti alla durata della servitù, gli *statuliberi* avevano diritto di divenire *liberi*, in mano di chiunque si trovassero (vedi sopra, § 89).

8° Se il servo *sine dolo malo* durava in uno stato di fatto di libertà (*in libertate esse*) per 10 o 20 anni, acquistava la libertà, con la *præscriptio temporis* (*Cod.*, *Tit. de l. t. præscr. quæ pro lib.*, VII, 22). Costantino per lo innanzi si era contentato di 16 anni di questa *possessio libertatis* (*cost.* 3, *Cod. Theod. de liberali causa*, IV, 8), ponendo un limite alle troppo vaghe espressioni (*diu*) usate dalle leggi anteriori sulla durata di quel possesso (fr. 16, § 3, *Dig.*

qui et a quib. manum., XL, 9), ma in ultimo, come abbiamo detto, la durata di quel tempo fu quella della prescrizione ordinaria. Per far valere questa *longi temporis præscriptio quæ pro libertate opponitur,* faceva di mestieri che chi la invocava dimostrasse che il suo possesso della libertà aveva avuto un *justum initium,* vale a dire, che era cominciato con la sua ragionevole credulità di esser libero (*cost.* 2, *Cod. de l. t. præscr. quæ pro lib.*, VII, 22); quindi al servo fuggitivo non era lecito invocare questa prescrizione, perchè in dolo (fr. 7, § *ult.*, e fr. 10 e 12, *Dig. de lib. causa*, XL, 12).

9° Finalmente *jure postliminii* cessava la servitù del prigioniero, che riusciva a sottrarsi al nemico, in modo non inviso alla legge (*vedi sopra*, § 66; ed il fr. 19, § 8, *de captiv.*, XLIX, 15).

B) *Volontariamente* si estingueva la servitù mediante:

La Manomissione.

I. Forme della Manomissione.

(*Inst.*, lib. I, tit. 5, *de libertinis; Dig.*, lib. XL, tit. 2, *de manumissis vindicta;* tit. 5, *de fideicommissariis libertatibus; Cod.*, lib. VII, tit. 1, *de vindicta et apud consilium manumissione;* tit. 2, *de testamentaria manumissione;* tit. 4, *de fideicommissariis libertatibus.*)

§. 94. La manomissione, quest'atto pel quale il padrone dimetteva il servo dalla servitù, rinunziando volontariamente alla *herilis potestas,* nel diritto antico si faceva in tre maniere diverse: *per censum, per testamentum, per vindictam.* Per queste tre maniere di manomissione; il servo acquistava insieme libertà e cittadinanza; esse interessavano dunque, oltre il padrone che rinunziava alla sua proprietà, e lo schiavo che acquistava uno *status,* eziandio la città che riceveva un nuovo cittadino; laonde la volontà del padrone non bastava a compiere la manomissione; la città doveva essa pure concorrervi, rappresentata dal censore nella manomissione *lustrali censu,* dal popolo riunito nei suoi comizi in quella *testamento,* dal pretore in quella *vindicta.*

A) *Per censum* era manomesso lo schiavo, quando il padrone lo presentava al censore, e lo faceva iscrivere, sulle tavole del censo, nel novero dei cittadini Romani (Ulp., I, 8; *Teofilo ad,*

§ 4, *Inst. de Libertinis*, I, 5). Ma le iscrizioni al censo di regola non producevano il loro effetto se non dopo un lustro (*lustrum conditum*); di qui la questione che si faceva nel II periodo, se il servo acquistava la libertà dal dì dell'iscrizione, o spirato il lustro (Cic., *de Orat.*, I, 40); ma nel III periodo questa questione non fu più fatta, perchè il *lustralis census*, e con esso questa maniera di manomissione, era sparito.

B) *Per testamentum.* Vedremo nel tessere la istoria del testamento, come esso si facesse originariamente dinanzi ai comizi del popolo a quest'uopo convocati (*calatis comitiis*), i quali dovevano ratificare la disposizione che il *paterfamilias* faceva del suo patrimonio, in deroga al prescritto della legge. Il popolo approvando il testamento, approvava anche la manomissione del servo contenuta nel medesimo. Cessata questa forma solenne di testare, ed ammessi nel testamento i testimoni a rappresentare il popolo, la manomissione potè essere sempre fatta mediante quest'atto solenne di ultima volontà, nel quale il testatore avesse dichiarato che il servo dovesse essere fatto libero (*liber esto, liber sit, liberum esse jubeo*). Ma il *paterfamilias*, senza lasciare così direttamente la libertà al servo, poteva incaricare per dopo la sua morte, il proprio erede, o qualunque altra persona in cui avesse avuto fiducia (*fiduciarius*), di manomettere il servo. In questo caso la libertà non si acquistava, come nell'altro, *direttamente*; affinchè il servo divenisse libero, era necessario che il fiduciario eseguisse la manomissione alla sua fede commessa: onde la libertà conseguita per siffatto modo fu detta *fideicommissa* o *fideicommissaria libertas*. Il servo poteva (lo dicemmo) costringere il fiduciario a manometterlo, e Giustiniano volle che la sentenza del giudice, che riconosceva il diritto del servo, equivalesse ad una manomissione (*cost.* 4, 11, 13, *Cod. de fideicom. libert.*, VII, 4). Nella *libertas directe data* il testatore era il *manumissor*, il manomesso diveniva suo liberto, e chiamavasi *libertus orcinus* perchè il patrono era *ad orca, quasi patronum in orco habens* (Gajo, II, 267; Ulp., II, 8); e la libertà cominciava dal momento in cui, per l'accettazione dell'eredità fatta dall'erede istituito, il testamento diveniva efficace, qualora alla libertà medesima non fosse stato apposto un termine o una condizione (fr. 13, 15, *de manum. testam.*, XL, 4). Nella *libertas fideicommissa*, il *manumissor* era il fiduciario; egli acquistava i diritti di patronato (Ulp., II, 8, fr. 4, § 12;

fr. 30, § 12; fr. 49, *Dig. de fideicom. libert.*, XL, 5; *cost.* 10, *Cod. de test. manumis.*, VII, 2). Il testatore poteva manomettere *direttamente* soltanto il servo del quale aveva la proprietà; per *fedecommesso* poteva incaricare di manomettere anche il servo altrui (Gajo, II, 264, fr. 35. *Dig. de manum. testam.*, XL, 4).

C) *Per vindictam.* Allorquando un uomo libero fosse stato in servitù ingiusta, poteva intentare la *causa liberalis*, vale a dire presentarsi al console con un *assertor libertatis*, il quale con certe formalità fissate dalla legge, lo rivendicava alla libertà, *in libertatem vindicabat:* il console esaminava la causa, e se riconosceva giuste le pretese dell'*assertor libertatis,* dichiarava libero il creduto servo. Un'imitazione fittizia di questa procedura fu adoperata per la manomissione. Il padrone e lo schiavo comparivano dinanzi al console, e posteriormente dinanzi al pretore; ivi un amico, e in seguito un littore, rivendicava alla libertà quel servo, toccandolo con una bacchetta chiamata *vindicta*, (bacchetta che rappresentava la lancia, la quale figurava in tutte le dispute sulla proprietà, di cui era il simbolo presso il popolo Romano, avendo esso cominciato la proprietà con la conquista). Il padrone, lungi dall'opporsi, taceva, e si faceva uscire dalle mani il servo (*et mittebat eum e manu*) facendogli fare una giravolta (*circumagere, vertere*) ed il magistrato aggiudicava il servo alla libertà (Gajo, IV, 16; fr. 23, *Dig. de manumis. vindicta*, XL, 2). Col mutarsi della procedura, questa *legis actio* venne meno, il littore non pronunziò più le formule della vindicatio, soltanto toccò con la *vindicta* il manumittendo (fr. 23, *Dig. de manum. vind.*, XL, 2); finalmente fu reputato bastevole a compiere la manomissione, che il padrone col servo si presentassero al pretore, e perfino fuori del tribunale, ed il padrone manifestasse la sua volontà di manomettere il servo (fr. 8, *Dig. de manum. vind.*, XL, 2).

§ 95. Sul terminare del secondo periodo, le tre forme *solenni* di manomissione, per *censum,* per *testamentum*, per *vindictam,* erano le sole riconosciute per efficaci a dare la libertà e la cittadinanza. Se il padrone avesse manifestato la sua volontà di manomettere il servo, ma senza adoperare queste forme solenni: se avesse, per esempio, inviato al servo una lettera, nella quale lo avesse dichiarato libero (*per epistolam*), o avesse palesato quella sua volontà alla presenza di amici (*inter amicos*) (Paolo, IV, 12, 2) o avesse permesso al servo di assidersi seco a mensa, e così im-

plicitamente avesse voluto dimostrare di tenerlo per un uomo libero (*per convivium*, *per mensam* o *inter epulas*): in tutti questi casi il servo non acquistava se non che una libertà di fatto, e non di diritto; si diceva di lui *in libertate esse*, ma non già *liberum esse;* poteva ottenere di essere esonerato dai servigi propri della sua primitiva condizione: era protetto dal pretore contro il padrone che avesse voluto ritenerlo nella categoria dei servi: ma giuridicamente non era libero (GAJO, III, 56; ULP., I, 16), e alla morte di costui, il già padrone succedeva nei beni che egli lasciava. La legge *Junia Norbana*, promulgata probabilmente nell'anno 772, imperando Tiberio, ordinò, che questi servi, i quali pel modo difettoso della loro manomissione *in libertate morabantur*, avessero a ritenersi come veramente manomessi, ma non li volle riconoscere come *cives*, ed invece accordò loro la latinità, onde furono detti *latini juniani; latini* perchè ebbero l'*jus latii*, *juniani* perchè la legge *Junia* accordò loro questa condizione. Vero è bene che questa *lex Junia Norbana* non in tutto li parificò ai latini; imperocchè mentre i latini godevano di tutte le facoltà comprese nel *commercium*, i latini juniani non poterono far testamento nè acquistare per testamento (*capere*), qualora non avessero conseguito la cittadinanza 100 giorni dopo la morte del testatore. Morendo, nel loro patrimonio succedeva il patrono, come se fossero stati sempre servi; e questa è la ragione per cui nelle Istituzioni imperiali si dice di costoro, che morendo perdevano insieme e vita e libertà: *ipso ultimo spiritu*, *simul animam atque libertatem amittebant* (*Instit. de successione libertorum*, § 4, III, 8; GAJO, I, 23; III, § 56, 57, 58; ULP, XX, 14; XXII, 3; *cost. un. pr.*, *Cod. de lat. lib.*, *toll.*, VII, 6). Costantino introdusse un nuovo modo di manomissione, che fu detto in *Sacrosanctis Ecclesiis*, perchè si eseguiva in Chiesa dinanzi ai vescovi, i quali sottoscrivevano in un col padrone l'atto di manomissione, in presenza del popolo, in giorno di festa solenne, verbigrazia di Pasqua. Era naturale, che dominando la religione cristiana, le manomissioni si facessero nelle chiese, santuari di una religione che bandisce il domma dell'uguaglianza fra gli uomini, e con l'intervento dei sacerdoti, che tenevano lo *stato civile*, come già i censori (*cost.* 1 e 2, *Cod. de his qui in Eccles.*, I, 13).

§ 96. Giustiniano abolì la *lex Junia Norbana*, perchè volle toglier di mezzo qualunque latinità, e ridurre tutti i sudditi del-

l'impero cittadini, ma per altra parte intese ad assicurare, che veramente il padrone avesse l'intenzione di manomettere il servo. Laonde, mentre ritenne valida ed efficace la manomissione per testamento, e quella *vindicta* (ridotta però ad una dichiarazione davanti al magistrato, senza le formalità dell'antico diritto), ordinò che le manomissioni meno solenni, se verbali *inter amicos,* dovessero essere fatte alla presenza di cinque testimoni; se per *epistolam,* o per qualunque altro documento scritto, e così anche *per codicillum,* dovessero essere firmate dal manomittente e da cinque testimoni. Aggiunse che dovessero valere come manomissioni:

a) il consenso dato dal padrone al matrimonio della persona, già sua serva, con una persona libera;

b) l'adozione del servo come figlio, purchè fatta in un atto giudiciario, o la qualifica di figlio data al servo (*per appellationem filii*). Quell'adozione non produceva altro effetto che la manomissione del servo, non gli dava i diritti di un figlio adottivo;

c) la lacerazione, o la consegna al servo dei documenti che comprovavano la sua servitù, eseguita alla presenza dei cinque testimoni;

d) finalmente l'ordine del testatore o dell'erede ai già servi, di accompagnare, nella funebre pompa, la salma del defunto padrone, coperti il capo del berretto della libertà (*pileati*). Vedi *cost. un.*, *Cod. de latina. libert. toll.*, VII, 6; *Inst.*, § 3, *de libertinis*, I, 5.

II. Condizioni delle Manomissioni.

(*Inst.*, lib. I, tit. 4, *qui et quibus causis manumittere non possunt;* tit. VII, *de lege Furia Caninia sublata; Dig.*, lib. XL, tit. 2, *de manumissis vindicta; Cod.*, lib. VII, tit. 1, *de vindicta et apud consilium manumissione*, e lib. VII, tit. 3, *cost. un.*, *de lege Furia Caninia tollenda*).

§ 97. Affinchè la manomissione producesse tutti i suoi effetti, oltre ad essere eseguita con le forme legali, doveva:

a) provenire da chi aveva capacità e diritto di manomettere:

b) doveva avere per obietto un servo, che fosse lecito di manomettere liberamente.

§ 98. *a*) 1° Aveva facoltà di manomettere chi aveva l'*herilis*

potestas, e per conseguenza la proprietà del servo. La manomissione eseguita dall'usufruttuario si riteneva qual semplice renunzia ai suoi diritti (*cost.* 1, *Cod. com. de man.*, VII, 15).

2° In antico, fu già avvertito, la proprietà poteva essere o quiritaria (*ex jure quiritium*), cioè riconosciuta dal diritto civile, o bonitaria (*in bonis*), ossia conforme al diritto delle genti. Il proprietario bonitario manomettendo il servo non lo faceva *civis*, ma soltanto *latinus*; per renderlo cittadino, bisognava averne la proprietà *ex jure quiritium* (Ulp., I, 16). Chi poi avesse avuto sul servo il *nudum jus quiritium* (specie di proprietà nominale, ma non effettiva, della quale diremo in seguito) non poteva manomettere da se solo (Ulp., I, 23; Gajo, I, 17; III, 56); questa distinzione scomparve nel diritto Giustinianeo; pel quale fu abolita la divisione della proprietà in quiritaria e bonitaria (*cost. un.*, *Cod. de nudo jure quir. toll.*, VII, 25).

3° Uno dei più comproprietari di uno stesso servo, col manometterlo in modi solenni, non faceva altro che rinunziare alla sua quota di proprietà, che si accresceva agli altri comproprietari; e col manometterlo in modi meno solenni, agiva nullamente. Ciò non pertanto, il comproprietario che voleva manomettere il servo, poteva instare presso il magistrato, affinchè si devenisse allo scioglimento della comproprietà sul servo: e siccome il servo era cosa indivisibile, ed a qualcheduno degli antichi comproprietari doveva essere aggiudicato in proprietà esclusiva, con l'obbligo per l'aggiudicatario di conguagliarsi con gli altri a contanti; il magistrato aggiudicava appunto il servo a quello dei comproprietari che voleva manometterlo (*cost. un. pr.*, *Cod. de comm. serv. manum.*, VII, 7). Giustiniano, per favorire la libertà, ordinò che se il servo comune fosse manomesso da uno dei comproprietari, acquistasse sempre la libertà, e che il manomettente dovesse indennizzare gli altri comproprietari con una somma, che egli fissò per legge (*cit. cost.* 1, *Cod.*, VII, 7; *Instit.*, § 4, *de donationibus*, II, 7).

4° Il proprietario di un servo, sul quale altri aveva un diritto di usufrutto, poteva manometterlo; in tal caso questo servo era obbligato a soffrire l'esercizio dei diritti dell'usufruttuario, era considerato come *servus sine domino* fino alla cessazione dell'usufrutto stesso; e questo cessato, diveniva latino, non cittadino. Giustiniano volle che invece fosse considerato subito come

libero e cittadino, senza pregiudizio per altro dei diritti dell'usufruttuario (Ulp., I, 19; *cost. un. pr.*, *Cod. Comm. de manum.*, IV, 15).

5° Il proprietario che aveva dato in pegno il suo servo, non poteva manometterlo validamente finchè non aveva pagato il debito che il servo stava a garantire; pagato quel debito, il servo acquistava la latinità. In gius Nuovo, la manomissione di un servo oppignorato è assolutamente nulla (fr. 9, *Dig. in quib. caus. pign.*, XX, 2; fr. 3, *Dig. de manum.*, XL, 1; *cost.* 1-3, *Cod. de servo pign. dato*, VII, 8); come nulla è la manomissione fatta dall'erede dei servi ereditari, che il testatore ha lasciati, sotto condizione, in legato a qualcheduno (fr. 11, *Dig. de manum.*, XL, 1).

6° La legge *Ælia Sentia* vietò le manomissioni fatte in frode dei creditori (*in fraudem creditorum*). Talora chi con la vendita dei suoi servi avrebbe potuto pagare i propri debiti, manometteva i servi stessi, e si rendeva così dolosamente insolvente. La legge *Ælia Sentia* vietò queste manomissioni, ma affinchè le medesime rientrassero in cotal divieto, dovevano essere state fatte con l'intenzione di defraudare (*dolus*), e insieme dovevano essere riuscite effettivamente pregiudicevoli ai creditori (*damnum*). Danno non avrebbero risentito, se altri per mantenere la manomissione si fosse obbligato a pagarli (*Instit. de eo cui lib.*, III, 11), o se fossero stati pagati dopo la manomissione (fr. 26, *Dig. qui et a quib.*, XL, 9; *cost.* 5, *Cod. de servo pign.*, VII, 8). Ma anche provato il danno, i creditori non potevano far revocare la manomissione, se insieme non provavano il dolo del manomittente (*Instit.*, § 3, *qui et quib.*, I, 6). La manomissione fatta in *fraudem creditorum* non era di per sè nulla: perchè fosse tale, dovevano i creditori insorgere contro la medesima; se il creditore era il fisco, e durante 10 anni non insorgeva contro la manomissione, questa acquistava validità irrevocabile (fr. 16, § 3, *Dig. qui et a quib.*, XL, 9). Frattanto i servi manomessi erano *statuliberi* (fr. 1, § 1, *Dig. de statuliberis*, XL, 7), e tali rimanevano finchè i creditori non attaccavano la manomissione loro. Attaccarla non avrebbe potuto il manomittente (*cost.* 5, *Cod. de servo pign. dato*, VII, 8). Questa disposizione della legge *Ælia Sentia* fu estesa anche alle manomissioni fatte dai peregrini in frode dei creditori loro (Gajo, I, 37, 47). Da cotale disposizione, non era colpito il caso, nel quale il debitore insol-

vente avesse istituito erede uno dei suoi servi, accordandogli la libertà, per evitare a sè l'onta che i creditori dopo la sua morte si facessero immettere nella sua eredità, e la vendessero in nome suo (ULPIANO, I, 14). Ma per evitare quell'onta alla memoria del defunto, bastando un solo erede che acquistata l'eredità potesse venire escusso da' creditori, ed in cui nome l'eredità potesse essere venduta; così non era lecito al padrone manomettere per questa ragione più di un servo; e se ne manometteva molti, solamente il primo iscritto diveniva libero ed erede (*solus et necessarius heres*). Vedi le *Instit. Imp.*, § 1, *qui et ex quib.*, I, 6. Qualora un altro erede testamentario fosse esistito, la manomissione e la istituzione del servo in erede, non avrebbero avuto efficacia; imperocchè l'eredità sarebbe stata venduta in nome di quest'altro erede, e la fama del trapassato non avrebbe patito oltraggio (fr. 57, 42, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5). La legge *Ælia Sentia* vietava nello stesso modo le manomissioni fatte da un liberto in pregiudizio dei diritti ereditari del suo patrono (GAJO, I, 37; ULP., I, 15).

7° Le manomissioni essendo alienazioni, non poteva manomettere chi non poteva alienare (ULP., I, 17), ed essendo un atto del diritto Civile, dovevano esser fatte da un cittadino romano. Ma pare che ad alcuni Latini si concedesse la facoltà di manomettere, e che i loro manomessi, acquistassero la latinità propria del manomittente.

8° La legge *Ælia Sentia*, intenta a minorare le manomissioni sconsigliate o cagionate da turpi motivi, (quali erano quelle che di frequente facevano i giovani padroni, per ricompensare le riprovevoli compiacenze ai loro sfrenati desiderii, avute dai servi durante la vita del defunto padrone), vietò al giovane, che non avesse compiuto i 20 anni, di manomettere i servi:

α quando non avesse provata una *justa caussa manumittendi* in un *consilium;*

β e non avesse manomesso per *vindictam*. Quel *consilium,* in Roma, si componeva del pretore, di 5 senatori, e di 5 cavalieri; nelle provincie di 20 *recuperatores* e del preside (GAJO, I, 18, 21, 39, 41; ULP., I, 12, 13; fr. 102; *Dig. de legat.*, I, 30; fr. 4, § 2, e fr. 5, 20, *Dig. de man. vind.*, XL, 2). Se il consiglio approvava la manomissione, questa si doveva fare *per vindictam.* Cause giuste per manomettere erano la *parentela,* come se il

minore di 20 anni avesse voluto manomettere il padre, il figlio, la sorella, il fratello; l'*affetto legittimo*, come se avesse voluto manomettere il precettore, la nutrice, un fratello di latte, una schiava per isposarla; una *utilità propria*, come se avesse voluto manomettere un servo per farsene un procuratore, e simili (Gajo I, 19 e 39; Ulp., I, 13; fr. 21, *Dig. qui et a quib.*, XL, 9). La manomissione, approvata dal consiglio, doveva essere eseguita, e non potevasi revocare, sebbene la causa addotta fosse in seguito riconosciuta insussistente; conciossiachè la libertà fosse irrevocabile (*Inst.*, § 6, *qui et quib.*, I, 6; fr. 9, § 1, *Dig de manum. vind.*, XL, 2). La legge *Ælia Sentia* permettendo al minore di 20 anni soltanto la manomissione *per vindictam*, avveniva che il padrone, il quale aveva più di 14 anni, essendo capace di far testamento, poteva con quello lasciare i suoi servi in legato a chi più gli piaceva: ma se non aveva 20 anni, non aveva facoltà di manometterne pure uno, col testamento medesimo. Questo resultamento apparve assurdo a Giustiniano, e da primo, per non procedere troppo recisamente nelle riforme, prese un temperamento, permettendo ai giovani di 17 anni di manomettere per testamento, come si rileva dalle sue Istituzioni, § 7, *qui et quibus*, I, 7; in seguito con le sue Novelle permise a chi, per avere compiuto i 14 anni poteva far testamento, di manomettere pel medesimo quanti servi avesse voluto (*Nov.* 119, cap. 2). Alle altre disposizioni contenute nella legge *Ælia Sentia*, in materia di manomissioni, non derogò.

9° La legge *Ælia Sentia* (dell'anno 757, fatta sotto il consolato di *Ælius Cato* e di *Sentius Saturninus*) non fu sola a porre ostacoli alle troppo frequenti manomissioni che, o per procurare al manomittente il vano onore di essere accompagnato al sepolcro da un lungo stuolo di *pileati*, o per esonerarlo dal mantenimento di una troppo numerosa famiglia di servi, riempivano frattanto la città di cittadini indegni. Ancora la legge *Furia Caninia* (che altri chiama *Fusia Caninia*), promulgata nell'anno 761, essendo consoli *Furius Camillus et Caninius Gallus*, ebbe lo stesso intendimento. Poco costando i servi, i padroni erano sempre più propensi a liberarli: onde il bisogno di questa seconda legge che limitasse il numero delle manomissioni, e specialmente quelle che più di frequente occorrevano, come le meno onerose pel manomittente, cioè le testamentarie. Essa prescrisse, che chi

aveva 2 schiavi potesse manometterli ambedue; chi ne avesse fino a 10, potesse manometterne la *metà;* chi ne avesse più di 10 ma meno di 30, il *terzo;* chi ne avesse più di 30 fino a 100, il *quarto;* chi ne avesse più di 100 fino a 500, il *quinto*, ma che non potesse mai un solo padrone col suo testamento manomettere più di 100 servi. Se taluno avesse superato nelle sue manomissioni testamentarie il numero dalla legge permessogli, i primi servi nominati fino al numero legale conseguivano la libertà, gli altri rimanevano servi; e se il testatore per eludere questa disposizione avesse scritto in circolo (*in orbem*) il nome dei servi, nessuno fra loro acquistava la libertà (ULP. I, 24; GAJO I, 42, *e seg.*; PAOLO, IV, 14). Giustiniano abrogò la legge Furia Caninia (vedi *Inst. de lege Furia Can.*, I, 7; *cost. un.*, *Cod. de Lege Fur. Can. toll.*, VII, 3) allegando per motivo di siffatta abolizione, sembrargli ingiusto permettere a chi era vivo e sano, di manomettere perfino tutti i servi, e limitare questa libertà al moribondo. Ma la vera cagione di cotal provvedimento, si fu il desiderio di quell'Imperatore di uguagliare più che per lui si poteva, le condizioni di tutti gli uomini; la cittadinanza romana avendo perduto ogni lustro, non era più di ostacolo alle manomissioni il timore di vederla contaminata con l'iscrizione alla medesima di persone indegne.

§ 99. *b*) Ostacolo agli effetti della manomissione, potevano opporre le qualità del servo, che si voleva manomettere.

1° La manomissione di un dato servo poteva essere vietata per testamento o per contratto (fr. 9, § 2, *Dig. qui et a quib.*, XL, 9; fr. 6, *Dig. de serv. export.*, XVIII, 7; *cost.* 5, *Cod. si mancip. ita fuerit alien.*, IV, 57).

2° La manomissione di alcuni servi, poteva essere vietata dalla legge. Adriano proibì tutte le manomissioni fatte con l'intendimento di sottrarre lo schiavo ad un'inquisizione per delitto (fr. 8, § 3, *Dig. de manum.*, XL, 1; fr. 12, *Dig. qui et a quib.*, XL, 9; fr. 12, *Dig. de manum.*, XL, 1).

3° La *lex Ælia Sentia* ordinò che il servo il quale non aveva compiuto i trent'anni, se voleva divenire oltre che libero anche cittadino, dovesse essere manomesso *per vindictam, apud consilium*, *justa causa probata*. Lo schiavo che fosse stato manomesso in spreto di questa disposizione legislativa, prima della *lex Junia Norbana*, godeva di una libertà di fatto, ma non di-

veniva libero giuridicamente; dopo la *lex Junia* divenne latino juniano (GAJO, I, 18, 21; ULP., I, 12; *Instit. Imp.*, § 4, *qui et a quib.*, I, 6). Giustiniano tolse ogni importanza all'età del servo manomesso (*cost.* 2, *Cod. comm. de manum.*, VII, 15).

4° Il servo, che durante la sua schiavitù, aveva dovuto espiare delle pene corporali in conseguenza di un delitto, non acquistava che la sola libertà, qualunque fosse stata la manomissione adoperata per liberarlo, ed era nella condizione dei *peregrini deditizi*. Non poteva abitare in Roma e nel circondario dentro le 100 miglia, sotto pena di divenire schiavo *populi Romani*, non aveva la possibilità di acquistare mai la cittadinanza Romana (GAJO, I, 13, 15; ULP., I, 11; PAOLO, IV, 12, 2, 8; *Inst. Imp.*, § 3, *de libertinis.*, I, 5). Giustiniano abolì espressamente siffatta disposizione, che si dipartiva anch'essa dalla legge *Ælia Sentia*, la quale ai tempi di lui in questa parte era già andata in disuso (*Cod. de dedititia libertate tollenda*, VII, 5).

§ 100. Per la legislazione Giustinianea, delle disposizioni della legge *Ælia Sentia* l'unica che rimanga in vigore, è quella che annulla le manomissioni fatte in frode dei creditori; per questa legislazione medesima, essendo stata abolita la latinità, si può asserire: che in gius Nuovo ogni manomissione conferisce al servo, insieme libertà e cittadinanza (*Inst.*, § 3, *qui et a quib.*, I, 6; *Cod. Tit. de dedititia libertate tollenda*, VII, 5; *Tit. de latina libertate tollenda*, VII, 6).

CAPITOLO V.

DEL PATRONATO.

§ 101. Con la manomissione, non viene sciolto ogni legame fra il manomittente ed il manomesso; quel primo, sotto il nome di *patronus*, conserva parecchi diritti importanti (*jura patronatus*), relativi alla persona ed al patrimonio di questo secondo, cioè del suo liberto; ma ha ancora verso di lui alcune obbligazioni, e certi doveri. Di quei diritti e di questi doveri, importa, comunque brevemente, accennare qualche cosa. I diritti del patrono possono venire compendiati nelle tre parole: *obsequium, operæ, bona.*

a) *Obsequium.* Il liberto deve rispetto ed obbedienza al patrono come un discendente ad un ascendente: *liberto et filio*

semper honesta et sancta, persona patris, ac patroni videri debet (fr. 9, *Dig. de obseq. patr.*, XXXVII, 15); e però non lice al liberto intentare un'azione contro il patrono (*vocare in jus*), senza avere ottenuto l'autorizzazione del pretore (Gajo, IV, 46, 183, 187; fr. 4, § 1, fr. 10, 23, 25, *Dig. de in jus vocando,* II, 4); ed il pretore non gli permette di intentare contro il patrono tutte le azioni, come p. e. quella del *dolus*, ed in generale le azioni *famosæ* (cit. fr. 10, § 12, *Dig.* II, 4); non è permesso neppure al liberto accusare il patrono di un delitto (fr. 8, *Dig. de accusat.*, XLVIII, 2). Il patrono aveva in antico un *jus corrigendi* di fronte al liberto, e dopo Augusto, poteva perfino relegarlo fuori di Roma; la legge *Ælia Sentia* gli permise di intentare un'azione contro di lui, pel capo della ingratitudine, e Costantino finalmente gli diè facoltà di rivendicare alla servitù il liberto ingrato (*Inst.*, § 1, *de cap. dim.*, I, 16; *cost.* 2, *Cod. de libert.*, VI, 7).

b) *Operæ.* Il patrono ha diritto di esigere certi servigi, *operæ,* che si distinguono in *officiales* e *fabriles.* Le *officiales* erano testimonianze di reverenza e di affetto. Le *fabriles* consistevano nell'esercizio di qualche arte, come di pittore o di fabbro ec. Fra le prime, era, esempigrazia, l'obbligo di accompagnare per onoranza il patrono nelle pubbliche comparse, l'obbligo di astenersi dall'esercitare la professione del patrono; fra le seconde era l'obbligo di lavorare pel patrono. Le opere *officiales* dovevano per obbligo morale essere sempre prestate dal liberto, ancorchè non promesse; le *fabriles* non erano dovute, se non erano state promesse (fr. 26, § 12, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 9, § 1, *Dig. de op. libert.*, XXXVIII, 1), e si promettevano validamente dal servo con una verbale promessa accompagnata da giuramento (fr. 7; *Dig. de op. lib.*, XXXVIII, 1). Le *operæ officiales* erano dovute al solo patrono, non già ai suoi figli od eredi.

c) *Bona.* Il patrono ordinariamente si faceva promettere con giuramento dal liberto dei *munera, dona,* regali e donativi in determinate occasioni: ma non li poteva esigere se non gli erano stati promessi; era cosa consueta nei liberti il farli, tantochè se li facevano spontanei, non potevano poi affacciare la pretesa di esserne ricompensati. Il patrono in caso di estrema miseria, aveva diritto di essere alimentato dal liberto, e di essere aiutato da lui a dotare le proprie figlie (fr. 9, *Dig. de agn. et al. lib.*, XXV, 3); di fronte a lui godeva del benefizio della compe-

tenza (fr. 17; *Dig. de re judicata,* XLII, 1), ed inoltre aveva un diritto di successione nei beni del liberto, del quale diritto non poteva essere privato dal testamento del liberto medesimo (Gajo, III, 39, 76; Ulp., XXVII, 29; Paolo, III, 2, *Inst. de succes. libert.*, III, 7; *Dig. de bonis. libert.*, XXXVIII, 2; *Cod. eod.*, tit. VI, 4). Il patrono era per legge tutore del liberto e dei suoi figli.

§ 102. Ma per altra parte, il patrono era obbligato ad alimentare il liberto in caso di bisogno, sotto pena di decadere dai diritti di patronato (fr. 6, *Dig. de agnosc. et al. lib.*, XXV, 3; fr. 5, § 1, *de jure patron.*, XXXVII, 14), e di più non poteva intentare contro di lui le azioni del furto, per le sottrazioni che avesse commesso a suo carico (fr. 91; *Dig. de furtis,* XLVII, 2).

§ 103. I diritti di patronato non nascevano:

1° se l'erede fedecommessario ricusava di eseguire il fedecommesso della libertà;

2° se il patrono si faceva promettere dal liberto, nel manometterlo, danaro invece di *operæ:* o gli estorceva la promessa di non sposare, o di non allevare dei figli (fr. 6 *pr.*, § 4, *Dig. de jure patr.*, XXXVII, 14).

§ 104. I diritti di patronato cessavano:

1° Quando il patrono avesse mancato ai suoi doveri di protezione verso il liberto, e specialmente quando avesse ricusato gli alimenti al liberto indigente (fr. 5, § 1, *Dig. de jure patr.*, XXXVII, 14; fr. 6, § 1, *Dig. de in jus voc.*, II, 4).

2° Quando il patrono avesse accusato il liberto di un delitto capitale (fr. 9, § 1, *Dig. de jure patr.*, XXXVII, 14).

3° Per renunzia del patrono, secondo il diritto Giustinianeo, ma non secondo il diritto antico (*cost.* 3, *Cod. lib.*, VI, 4).

§ 105. È da osservare, che dei diritti di patronato sono capaci le persone giuridiche (fr. un., *Dig. de libert. univ.*, XXXVIII, 3), le donne (fr. 24, *de jure patron.*, XXXVII, 14), e perfino i figli di famiglia se manomettono uno schiavo che faccia parte del loro peculio castrense (fr. 8 *pr.*, *Dig. de jure patron.*, XXXVII, 14). Alla morte del patrono, i diritti di patronato passano nei suoi figli di primo grado, ed esistono anche sui figli del liberto (*cost.* 3 e 4, *Cod. de libertis*). Era permesso al manomittente, per un senatusconsulto Velleiano, di assegnare i diritti di patronato sul liberto ad uno solo fra i suoi figli (*adsignatio liberti*), o ad alcuni fra loro

(fr. 1, *Dig. de adsign. lib.*, XXXVIII, 4). I diritti di patronato potevano essere comuni a più persone, ciò si verificava quando più comproprietari di un medesimo servo concordemente lo avevano manomesso (Gajo, III, 59, 62).

PARTE II.

Della patria potestas.

(*Instit.*, lib. I, tit. 9, *de patria potestate; Dig.*, lib. I, tit. 6, *de his qui sui vel alieni juris sunt; Cod.*, lib. VIII, tit. 47, *de patria potestate.*)

§ 106. La patria potestà è: il complesso dei diritti spettanti per le leggi civili al padre di famiglia sui propri figli e nipoti, che sono sotto la sua dipendenza. È questa un'istituzione che nella legislazione di Roma, apparisce informata parte da principii di diritto Naturale, parte da principii di diritto Civile. Di diritto Naturale, perchè è legge di natura che il padre abbia certe facoltà riguardo alla sua prole: di diritto Civile, perchè la legislazione Romana concedeva al padre sui figli delle facoltà più estese di quelle dalla natura consentite: onde la *Patria Potestas* aveva a Roma caratteri propri e singolari, che bene la differenziavano dalla patria potestà conosciuta presso altri popoli (Gajo, I, § 55; *Instit.*, § 2, *de patr. pot.;* fr 3, *Dig. de his qui sui,* I, 6).

§ 107. Il concorso di quattro condizioni si addimandava per godere la patria potestà. Faceva di mestieri essere:

1° Cittadino Romano, 2° maschio, 3° *sui juris*, 4° padre di figli nati da *justæ nuptiæ.*

1° *Cittadinanza.* Per acquistare la patria potestà bisognava avere il *connubium,* e questo era proprio dei soli cittadini romani (Gajo, I, § 55; fr. 3, *Dig. de his qui sui,* I, 5). In ciò la *patria potestas* differiva dalla *herilis potestas,* la quale essendo di diritto delle genti poteva essere acquistata anche da un *non civis.* Quando tutti gli abitanti dell'impero furono cittadini, questo requisito all'acquisto della *patria potestas* venne meno.

2° *Mascolinità.* I maschi soli godevano della *patria potestà;* come lo indica anche il nome (*patria potestas*), la madre non aveva potestà sui figli; i maschi unicamente erano padri di famiglia: la donna, anche quando era *sui juris,* come dice Ulpiano, *familiæ suæ et caput et finis est.* (fr. 195, § 5, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

3° *Indipendenza.* Chi non era ***sui juris*** cioè indipendente, sebbene avesse avuto figli, non aveva sui medesimi patria potestà; essa risiedeva nella persona dalla quale quest'uomo ***alieni juris*** dipendeva (fr. 21, *Dig. ad legem Jul.*, XLVIII, 5). La patria potestà si estendeva dunque non soltanto sui figli, ma eziandio sui figli dei figli, procreati durante la dipendenza di quei primi (*Instit.*, § 3, *de patr. pot.*, I, 9). Laonde se il figlio di famiglia si coniugava, il matrimonio non lo scioglieva dalla patria potestà, ed i suoi figli erano in potestà non già di lui, ma di suo padre. Alcuni effetti della patria potestà si estendono perfino ai postumi, i quali vi sarebbero stati sottoposti se fossero nati pria che morisse il *paterfamilias* (*Instit.*, § 1, *de exh. lib.*, II, 13; § 4, *de tutelis*, I, 13, § 2, *de hered. quæ ab. int.*, III, 1; fr. 2 *prin.*, *Dig. de vulg. et pup. substit.*, XXVIII, 6; fr. 3, § 2, *Dig. de injust. rupt. testam.*, XXVIII, 3). Patria potestà non si ha sui figli della figlia, essi appartengono alla famiglia paterna, sono dunque in potestà del padre loro o del *paterfamilias* di lui (*Inst.*, § 3, *de patr. pot.*, I, 9; fr. 196, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

4° ***Paternità derivante da justæ nuptiæ.*** I figli nati da nozze contratte secondo il diritto delle genti (*nuptiæ*), non erano sottoposti alla potestà del padre loro, non erano *agnati* di lui. Esistevano fra loro relazioni naturali di paternità e di figliuolanza, ma non relazioni civili. La patria potestà e la conseguente agnazione derivavano soltanto da nozze fatte secondo il diritto civile (*justæ nuptiæ*). I figli nati fuori di matrimonio erano sempre ***sui juris***, non erano nella ***patria potestas*** di alcuno, giacchè essi non avevano padre riconosciuto dalla legge, che fissa l'assioma: ***pater est quem nuptiæ demonstrant*** (fr. 5, *Dig. de in jus voc.*, II, 4). Nel diritto posteriore mancò la differenza fra *nuptiæ* e *justæ nuptiæ*, e bastò che il matrimonio fosse valido (*justum*) perchè da esso nascesse la patria potestà.

CAPITOLO I.

ORIGINE DELLA PATRIA POTESTÀ.

La patria potestà in diritto Romano si acquista:

I. Per generazione di *justæ nuptiæ*.

II. Per adozione.

III. Per legittimazione.

I. Per generazione da justæ nuptiæ.[1]

§ 108. Il figlio concepito da madre, e generato da padre, nel momento di quella generazione e concepimento, uniti fra loro in

[1] Pel Codice Civile italiano la patria potestà si acquista;

1° Per generazione 2° Per legittimazione; ma non sempre, come vedremo fra breve.

L'adozione non conferisce (a nostro credere) patria potestà all' adottante sull'adottato, nel sistema del Codice. — Per l' adottato che ha compiuto i 21 anno, nessun dubbio; conciossiacchè all' età maggiore cessi la patria potestà, ed il maggiore è sempre indipendente dalla patria potestà (*sui juris*), e pel Codice non può cessare di esserlo. Per l'adottato minore, che ha i genitori viventi, e che non è emancipato, l'acquisto nell' adottante della patria potestà su di lui, viene escluso dalle parole dell' art. 212, ove è detto: che « l'adottato » conserva tutti i diritti e i *doveri* verso la sua famiglia naturale ». Per analogìa noi crediamo che neppure se l'adottato è emancipato, o non è sottoposto alla patria potestà dei genitori (perchè defunti, o incorsi per effetto di condanna nella perdita della patria potestà), egli, mercè l'adozione, passi nella potestà dell'adottante. — Aggiungasi che in nessun luogo del Codice occorre attribuita patria potestà all' adottante; anzi nel Codice, quando si parla delle persone in cui risiede, si ricordano i soli genitori (art. 220). D'altronde nel sistema del Codice la patria potestà dell' adottante non potrebbe durare più di tre anni; dacchè adottato non possa essere chi non ha compiuto i 18 anni (art. 206), ed alla maggiore età, cioè ai 21 anno, cessi la patria potestà (art. 220); ora non ci sembra supponibile che il legislatore abbia voluto ammettere una patria potestà per un sì breve tempo quale è il triennio fra i 18 ed i 21 anno, nel quale triennio per giunta, il Codice stesso ammette possibile la emancipazione del figlio per parte del genitore. Ci conferma in questa nostra opinione l'osservare che il Codice ammette possibile che l'adozione sia dalla Corte di appello dichiarata esistente eziandio dopo la morte dell' adottante, il quale pria di morire presentò l'atto di consenso alla Corte stessa (art. 217); e così riconosce un' adozione quando la patria potestà non è più possibile.

Laonde concludiamo, che sebbene l'adozione induca fra l'adottante e l'adottato diritti e doveri reciproci di non poco rilievo, sì per riguardo agli alimenti ed alle successioni, come per riguardo al matrimonio, e specialmente al matrimonio che l'adottato minore, che ha viventi i genitori, volesse contrarre (art. 63, capoverso 2) realmente non attribuisce patria potestà all' adottante.

La patria potestà risiede pel Codice Civile italiano in ambidue i genitori (onde meglio sarebbe stata chiamata *potestà parentale*, *parentum*, dei genitori) ma durante il matrimonio *è esercitata dal padre*, e se egli non possa esercitarla, dalla madre. Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite (art. 220).

Il Codice Civile italiano si occupa oltre che della patria potestà, ancora della *filiazione;* sì della prole nata e concepita durante il matrimonio, come di quella nata fuori di matrimonio.

Relativamente alla filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio, stabilisce il principio generale che:

Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 159).

Ammette poi, la presunzione che sia concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di 180 giorni dalla celebrazione del matrimonio, nè dopo 300 dallo scioglimento o annullamento di esso (art. 160).

Contro questa presunzione il marito è ammesso a provare:

a) che nel tempo decorso del 300° al 180° giorno prima della nascita del figlio, egli era nella *fisica impossibilità* di *coabitare* con la moglie per causa di allontanamento, o per effetto di altro accidente (art. 162) o che era affetto di *impotenza manifesta* (art. 164);

b) che in quell'intervallo di tempo viveva *legalmente separato dalla moglie* senza che vi fosse riunione neppure temporanea (art. 163).

giuste nozze, era sottoposto alla potestà di suo padre. Per decidere se ebbe o no origine la patria potestà, bisogna dunque guardare all'epoca della generazione, come appunto dicemmo doversi fare quanto alla questione della cittadinanza del figlio, ma non quanto alla questione della sua libertà. Qualora nel momento della generazione, non fossero esistite giuste nozze fra la madre ed il

c) che del figlio gli fu celata la nascita, e che la moglie fu colpevole di adulterio. In tal caso egli è ammesso a provare così i fatti dell'adulterio e del celamento, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità. Se non che la sola confessione della madre non basta ad escludere la paternità del marito (art. 165).

Fornite queste prove, il marito può ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio.

Il figlio nato prima che sieno trascorsi 180 giorni dopo il matrimonio, deve essere riconosciuto dal padre, e dopo la sua morte gli eredi di lui non potranno disconoscerne la paternità (art. 161):

a) quando fosse dichiarato non vitale.

b) quando il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio, o quando consti dall'atto di nascita che il marito assistette a quell'atto o per mezzo di altra persona da lui specialmente autorizzata per atto autentico. — La legge ritiene che quella consapevolezza e quest'assistenza, siano prova della convinzione che aveva il marito di essere stato il procreatore di quella prole, concepita prima del matrimonio della donna, che poi egli fece sua moglie.

La legittimità del figlio nato 300 giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio, può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse (art. 169).

Il figlio naturale può essere riconosciuto dal padre e dalla madre, tanto congiuntamente, quanto separatamente (art. 179).

Non possono per altro riconoscersi i figli *adulterini* nè gli *incestuosi*, cioè i figli nati da persone di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona; ed i figli nati da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela e di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado (art. 180).

Il riconoscimento si fa nell'atto di nascita, o con un atto *autentico*, anteriore o posteriore alla nascita (art. 181).

Il riconoscimento non ha effetto che in riguardo a quello dei genitori da cui fu fatto, e non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l'altro genitore (182).

Il riconoscimento può essere impugnato dal figlio, e da chiunque vi abbia interesse (188).

Le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorchè nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento (art. 189).

Le indagini sulla maternità sono ammesse (art. 190).

La sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento (art. 192).

Nei casi in cui il riconoscimento è vietato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini sulla paternità nè sulla maternità.

Tuttavia il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti:

a) se la paternità o maternità resulti indirettamente da sentenza civile o penale;

b) se la paternità o maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo;

c) se la paternità o maternità resulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori (art. 193).

Sulle prove della filiazione, vedi l'appendice II, § 2 in fondo al Volume.

padre del fanciullo procreato, il padre non poteva acquistare la patria potestà, se non per grazia del principe (Gaio I, 94), o per *causæ probatio,* in quei casi *e con quei modi* che descrivemmo come atti a fare acquistare la romana cittadinanza, ed insieme la patria potestà (Gajo, I, 29, 31, 66, 75; Ulp., III, 3; VII, 4). Il figlio nato 182 giorni dopo il giorno del matrimonio, o dentro i 10 mesi successivi allo scioglimento del matrimonio, si ritiene concepito durante il matrimonio, ed appartiene qual figlio legittimo al marito (fr. 3, § 12. *Dig. de suis et legit.*, XXXVIII, 16; fr. 12, *Dig. de statu hom.*, I, 5; fr. 6, *Dig. de his qui sui*, I, 6), vale insomma pel marito il principio: *pater est quem nuptiæ demonstrant,* qualora al medesimo non sia possibile somministrare una prova in contrario, dimostrando, p. e., l'assenza o la impotenza assoluta (fr. 6, *Dig. de his qui sui*, I, 6): prova che la madre non è ammessa a fornire, nessuno essendo creduto allorquando depone della propria turpitudine, o vuol dimostrare il proprio delitto (fr. 29, § 1, *Dig. de probat.*, XXII, 3; fr. 11, § 9, *Dig. ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5). Ma affinchè il figlio concepito da *justæ nuptiæ* sia nella potestà del padre proprio, bisogna (l'abbiamo detto) che suo padre sia *sui juris* nel momento della generazione, altrimenti, questo figlio cadrebbe nella *patria potestas* del *paterfamilias* dal quale dipende il proprio padre. Alla morte di questo *paterfamilias*, ricade *ipso jure* nella potestà del padre proprio (*Inst. prin., quib. mod. jus. patr. pot. sol.*, I, 12; fr. 5, *Dig. de his qui sui*, I, 6).

II. Per Adozione.

(*Instit.*, lib. I, tit. 11, *de adoptionibus; Dig.*, lib. I, tit. 7, *de adoptionibus et emancipationibus; Cod.*, lib. VIII, tit. 48, *de adoptionibus.*)

§ 109. L'adozione è: un atto solenne pel quale taluno, con l'intervento della pubblica autorità, riceve in luogo di figlio o nipote, chi non era sottoposto alla sua potestà. Frequente era l'uso dell'adozione presso i Romani, perocchè più ragioni occorressero per consigliarla. Alcuni intendevano (come oggi si fa) a conservare, mercè la medesima, una casata illustre, che andava a spegnersi; altri a mantenere il culto domestico dei *sacra privata;* nell'epoca

repubblicana, fu un mezzo pel quale certi patrizi vollero aprirsi l'adito a divenire tribuni della plebe, conciossiachè gli adottati da dei plebei ne pigliassero la condizione; finalmente non ultima causa impulsiva delle adozioni, fu il desiderio di sottrarsi alle pene pecuniarie, minacciate dalle leggi *caducarie* a coloro che non avevano figli: questo fino ai tempi di Nerone (TACITO, *Ann.*, XV, 19); allora un senatusconsulto dichiarò che le adozioni non avrebbero procurato altrimenti i vantaggi civili della paternità (fr. 2, § 2, *Dig. de vacat.*, L, 5), onde cessò un'abbondante scaturigine delle medesime. Sebbene nel più antico diritto Romano si conoscesse una sola specie di adozione (quella sulle persone *sui juris*) fino dal II periodo ne esisterono due: l'adozione propriamente detta e l'arrogazione. Con la prima si acquistava la patria potestà su di una persona *alieni juris*, con la seconda su di una persona *sui juris*; la prima si faceva dinanzi al magistrato (*imperio magistratus*), la seconda, con l'intervento del popolo e poi del principe, *populi vel principis auctoritate* (vedi *Inst.*, § 1 e 2, *de adopt.*, I, 11; *Dig.*, fr. 1, § 1, *Dig. de adopt.*, I, 7).[1]

[1] Nel Codice Civile italiano, l' abbiamo detto, l' adozione non è un mezzo di acquistare la patria potestà. L'adottato conserva tutti i diritti e i *doveri*, verso la sua famiglia naturale (art. 212). L'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato ed i parenti dell'adottante, salvo ciò che è stabilito nel titolo del matrimonio (art. 212).

Il Codice non distingue fra *arrogazione* e *dazione in adozione*; ma vieta l'adozione di chi non ha compiuto il 18° anno (art. 206).

Adottare può tanto l'uomo quanto la donna (art. 202).

Per la somiglianza che l'adozione presenta con la paternità naturale:

a) l'adottante deve superare di 18 anni almeno l'età dell'adottato (art. 202)

b) niuno può essere adottato da più persone, se non da due conjugi (art. 204).

Essendo l'adozione intesa a supplire al difetto di figliuolanza:

a) Non può adottare chi non ha compiuto i 50 anni (art. 202).

b) Non può adottare chi ha discendenti legittimi o legittimati (art. 202).

c) Niuno può avere più figli adottivi, se non sieno adottati col medesimo atto (art. 203).

d) I figli nati fuori di matrimonio, non possono essere adottati dai loro genitori (art. 205).

Dovendo l'adozione tornare vantaggiosa e non nociva all'adottato:

a) il tutore non può adottare la persona di cui ebbe la tutela, se non dopo aver reso conto della sua amministrazione (art. 207);

b) se l'adottato è minore, e non ha genitori viventi, sarà necessaria, secondo i casi, l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 209);

c) l'adozione non è valida se la Corte Reale non verifica che convenga all'adottato (art. 215, n. 3).

Per riguardo ai diritti di stretti congiunti e del coniuge, se l'adottante o l'adottato hanno padre madre o coniuge vivente, è necessario il loro consenso all'adozione (art. 208).

L'adozione essendo un rapporto giuridico essenzialmente consensuale, si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato (art. 208); per la stessa ragione

§ 110. Tanto l'adozione propriamente detta quanto l'arrogazione, si considerano in diritto Romano, come istituzioni introdotte: *a*) *per supplire il difetto della natura,* cioè per procurare i conforti della paternità, ed i relativi diritti di patria potestà a coloro cui natura li negò, *b*) *ad imitazione della natura,* cioè come una paternità giuridica, che fu modellata sulla paternità naturale, *c*) *per giovare,* non per nuocere all'adottato o arrogato. Di qui de-

(a nostro credere), col consenso può essere abolita; ma il Codice tace su di ciò.

Le *forme* dell'adozione sono semplici.

La persona che vorrà adottare, e quella che vorrà essere adottata si presenteranno personalmente al presidente della Corte di Appello, nel cui distretto ha domicilio l'adottante, per venire all'atto del loro reciproco consenso, il quale sarà ricevuto dal cancelliere della Corte (art. 213). Dovranno pure intervenire in persona o per procura quelli di cui è richiesto l'assenso a norma degli art. 208 e 209 (art. 213). L'atto di adozione sarà presentato entro i 10 giorni susseguenti, in copia autentica dalla parte più diligente, alla corte per l'omologazione (art. 214).

La Corte, assunte le opportune informazioni, verificherà se tutte le condizioni della legge sieno adempiute, se colui che vuole adottare gode buona fama, e se l'adozione convenga all'adottato (art. 215). Sentito il pubblico ministero in camera di Consiglio, ed omessa ogni altra formalità di procedura, senza esprimere i motivi, pronunzierà in questi termini: *si fa luogo, o non si fa luogo all'adozione* (art. 216). Il decreto della Corte di Appello, è pubblicato affisso ed inscritto nel giornale degli annunzi giudiciari del distretto, e nel giornale ufficiale del regno (art. 218).

L'adozione ammessa dalla Corte di Appello, produce i suoi effetti dal giorno dell'atto di consenso; ma finchè il decreto della Corte non sia pronunziato, tanto l'adottante quanto l'adottato possono revocare il loro consenso (art. 217).

Nei due mesi successivi al decreto della Corte, l'atto di adozione sarà annotato in margine dell'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile; mancando quest' annotazione, l'adozione non avrà effetto quanto ai terzi se non dal giorno in cui l'annotazione verrà eseguita (art. 219).

Come *effetti* dell'adozione (art. 210):

1° L'adottato assume il cognome dell'adottante, e l'aggiunge al proprio.

2° Acquista diritti di successione, che altrove saranno esposti.

3° Sorge fra adottante e adottato l'obbligazione reciproca di alimentarsi in caso di bisogno; obbligazione che nell'adottante *precede* quella dei genitori legittimi o naturali, e nell'adottato *concorre* con quella dei figli legittimi o naturali dell'adottante (art. 211).

4° Il padre e la madre adottivi hanno debito di continuare, occorrendo, l'educazione dell'adottato, e di fornirgli i sussidi e gli alimenti di cui avesse bisogno (art. 211).

5° Tra adottante e adottato, per l'adozione sorge una specie di parentela civile, che è di impedimento al matrimonio:

a) fra l'adottante l'adottato e i suoi discendenti,

b) fra i figli adottivi della stessa persona,

c) fra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante,

d) fra l'adottato ed il conjuge dell'adottante e fra l'adottante ed il conjuge dell'adottato.

Il Codice non ricordando la possibilità di un proscioglimento volontario dell'adozione, non può fare neppure menzione degli effetti che tal proscioglimento avrebbe relativamente a questi impedimenti; ma crediamo potrebbero applicarsi le regole del diritto Romano in proposito.

6° Il figlio adottivo che non ha compiuto gli anni 21, per contrarre matrimonio ha bisogno oltre che del consenso dei genitori, ancora del consenso dell'adottante (art. 63, capoverso 2).

rivano le regole seguenti comuni a queste due istituzioni, che ora designeremo col nome comune di adozione, usata questa parola nel suo più ampio significato.

a) L'adozione *essendo introdotta per supplire al difetto della natura,* non può essere fatta:

1° Da chi per natura ha già uno o più figli, *ne aut illorum quos justis nuptiis procreavit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio parat sibi; aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi* (fr. 17, § 3, *Dig. de adopt.*, I, 7); da queste parole alcuni dedussero che potrebbe adottare quel padre di famiglia, che avesse uno o più figli, quando mediante l'adozione non recasse loro pregiudizio.

2° Non può adottarsi da una donna, perchè non ha la patria potestà (Gajo, I, § 104; Ulp., VIII, § 9). Nulladimeno ai tempi di Diocleziano fu permesso anche alla donna di adottare, in conforto dei figli perduti, *in solatium amissorum liberorum;* ma essa non acquistava per cotal guisa patria potestà sul figlio adottivo, nè questi diveniva suo agnato; acquistava per altro il diritto di ottenere da lei gli alimenti, e di succederle *ab intestato* (*Instit.*, § 10, *de adopt.*, I, 11; *cost.* 5, *Cod. eod.*, VIII, 48).

b) L'adozione essendo introdotta ad imitazione della natura (*adoptio naturam imitatur*), ne consegue:

1° Che non possono adottare coloro che non possono avere figli, come gli evirati: mentre lo possono i frigidi, capaci come sono anche di matrimonio (fr. 39, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3. Gajo, I, § 103; Ulp., VIII, 6; *Ist. Imp.*, § 9, I, 11).

2° Siccome per avere figli, bisogna ordinariamente essere giunti alla piena pubertà, cioè avere 18 anni, così per diritto Giustinianeo l'adottante deve avere 18 anni più dell'adottato in qualità di figlio, e 36 anni più dell'adottato in qualità di nipote (*Instit.*, § 4, *de adopt.*, I, 11; fr. 40, *Dig. eod.*, I, 7). Le Istituzioni imperiali qualificano come mostruosa un' adozione che taluno volesse fare di una persona più vecchia di lui (*pro monstro est, ut major sit filius quam pater*), ma Gajo attesta che in antico era questione se ciò potesse venir fatto (Gaio, I, § 106).

3° Un fratello non può essere adottato da un fratello (*cost.* 7, *Cod. de hered. instit.*, VI, 24).

4° L'adozione non può esser fatta a termine (fr. 34, *Dig. de adopt.*, I, 7), nè si può adottare la stessa persona reiteratamente

(fr. 37, § 1, *Dig. de adopt.*, I, 7). Ma il padre che ha emancipato suo figlio, può poi adottarlo (fr. 12, *Dig. de adopt.*, I, 7).

c) L'adozione, essendo introdotta per *giovare,* non deve riuscire pregiudicevole all'adottato; quindi le seguenti persone non possono adottare:

1. Il tutore ed il curatore non possono adottare il respettivo pupillo e sottoposto, prima di aver reso conto della loro amministrazione (fr. 17, *Dig. de adopt.*, I, 7).

2. Un povero non può adottare un ricco (fr. 17, § 4, *Dig. de adopt.*, I, 7).

§ 111. I Romani adottavano non soltanto in qualità di figlio, ma anche di nipote (Gaio, I, 99). Per adottare taluno in nipote richiedevasi il permesso del figlio, al quale non si poteva contro sua voglia venire a dare in questa guisa un figlio ed un erede (fr. 6 e 11, *Dig. de adopt.*, I, 7; *Instit.*, § 7, *de adopt.*, I, 11). Qualora il figlio si fosse opposto a cotale adozione, poteva il *paterfamilias* adottare chi voleva in qualità di nipote, dichiarando adottarlo *nepos quasi ex filio incerto* (fr. 43, *Dig. de adopt.*, I, 7). L'adottato, alla morte dell'adottante, cadeva in potestà del figlio dell'adottante stesso, se quel figlio aveva consentito a tale adozione, altrimenti, come *nepos ex filio incerto,* alla morte dell'adottante diveniva *sui juris*. È da osservare che si poteva ancora adottare taluno in nipote o in pronipote, comunque non si avesse nessun figlio o nessun nipote (Ulp., VIII, 7; *Instit.*, § 5, *de adopt.*, I, 11; fr. 37, e 43, *Dig. eod.*, I, 7); si poteva adottare il figlio altrui qual nipote, ed il nipote proprio qual figlio (*Instit.*, § 6, *de adopt.*, I, 11; fr. 12 e 41, *Dig. eod.*, I, 7).

A) Arrogazione (*Arrogatio*).

§ 112. L'arrogazione appartiene al diritto primitivo ed organico di Roma; l'adozione propriamente detta surse dopo, e fu introdotta per sottigliezze e finzioni giuridiche. L'arrogazione faceva passare sotto la potestà altrui una persona *sui juris,* un *paterfamilias,* con tutto il suo patrimonio, e con tutte le persone che ne dipendevano. Esso prendeva il nome dell'arrogatore, vi aggiungeva ancora il proprio, ma trasformato in un aggettivo con la desinenza in *ianus*; esempigrazia, Paolo Emilio dopo essere stato arrogato da Scipione, chiamossi *Paulus Cornelius Scipio Æmilia-*

nus. L'arrogato cessava di essere ascritto al censo come *pater-familias*, lasciava il suo culto domestico, ed entrava nel culto delle cose sacre della nuova famiglia: *in sacra transibat.* Mutamenti di tanto rilievo per la città e la religione, addimandavano il consenso del popolo e dei pontefici. Quindi l'arrogazione si faceva nei primi tempi di Roma per una legge curiata (*populi auctoritate*), interrogato l'arrogatore, l'arrogato ed ottenuta l'approvazione dei pontefici (*apud pontifices*), che prendevano cognizione dell'affare (*causæ cognitio*). Secondo GELLIO (V, 10), il nome di arrogazione deriva dal verbo *rogare*: *quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit;* e stando a GAJO (I, 99), *quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur an velit eum quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is qui adoptatur, rogatur an id fieri patiatur, et populus rogatur an id fieri jubeat.* Nel periodo II dell'istoria del diritto Romano, scaduta l'importanza dei comizi, e divenuti essi quasi un'ombra od un simulacro, la legge, prima necessaria all'arrogazione, si tramutò in una formalità; trenta littori, che rappresentavano le antiche 30 curie, presieduti dal pretore ed assistiti dai pontefici, bastarono per compiere quest'atto solenne. Gajo ed Ulpiano nonostante ci dicono che anche ai loro tempi l'arrogazione si faceva *per populum, auctoritate populi* (GAJO, I, 99; ULP., VIII, 2), e che non poteva essere fatta se non in Roma (GAJO, I, 100; ULP., VIII, 4; *cost.* 6, *Cod. de adopt.*, VIII, 48), ed essi vivevano in epoche, nelle quali l'imperatore ed il senato avevano omai usurpato tutto il potere legislativo; è giuoco forza dunque ritenere che anche ai loro tempi perdurasse la fittizia rappresentanza delle curie, nella riunione di 30 littori. Ma in seguito, queste reminiscenze dell'antico diritto pubblico furono tolte di mezzo, e con un rescritto del principe (*principali rescripto*) che prendeva cognizione dell'affare (*causa cognita*) si compiè l'arrogazione; ed ai tempi di Giustiniano, era questo l'unico modo per compierla (*Instit.*, § 1, *de adopt.*, I, 11).

§ 113. Gli estremi dell'arrogazione meritano di essere ricordati:

1° In gius Antico si richiedeva che l'arrogando potesse accedere ai comizi curiati, per l'autorità dei quali si faceva; di qui derivò la proibizione di arrogare le donne, e gli impuberi (GAJO, I, 101, 102).

2° Si addimandava inoltre il consenso dell'arrogando, che

pel primo nei comizi curiati veniva interrogato. Il suo consenso fu richiesto anche in seguito, perchè un mutamento di condizione o di capacità giuridica tanto rilevante, quale era quello che per l'arrogazione si subiva, non poteva ammettersi senza la sua annuenza. Il consenso dell'arrogatore fu sempre necessario, avvegnachè per l'arrogazione egli acquistasse un figlio ed un erede (fr. 2, *Dig. de adopt.*, I, 7).

3° Richiedevasi, che l'arrogatore avesse oltrepassati i 60 anni, perocchè se fosse stato più giovane, avrebbe potuto sperare di avere figli, senza ricorrere ad un mezzo giuridico per procacciarsi una paternità artificiale (fr. 15, § 2, *Dig. de adopt.*, I, 7). Ciò nonostante, chi non aveva compiuto i 60 anni avrebbe potuto arrogare se non avesse potuto nutrire altrimenti la speranza ragionevole di avere figli, o se avesse voluto arrogare un suo congiunto; generalmente non era lecito arrogare più di una persona (fr. 15, § 2, 3, *Dig. de adopt.*, I, 7).

4° Fu necessario negli ultimi tempi, un rescritto Imperiale, che approvasse l'arrogazione (fr. 2, *Dig. de adopt.*, I, 7; *cost.* 6, *Cod. de adopt.*, VIII, 48). Allora fu lecito arrogare anche una donna, ed un impubere. Ai tempi di Gajo, le donne potevano essere arrogate alla presenza del pretore o del proconsole, o del suo legato nelle provincie (Gajo, I, 101), poi lo poterono essere per rescritto (fr. 21, *Dig de adopt.*, I, 7).

§ 114. L'arrogazione degli impuberi fu ammessa da Antonino Pio, sotto le condizioni che appresso:

1° Una inquisizione preventiva, intesa a constatare se l'arrogazione fosse motivata da cause oneste, e se fosse per tornare vantaggiosa all'impubere; più rigorosa dell'inquisizione ordinariamente richiesta a qualsiasi arrogazione, ed eseguita con l'intervento dei più stretti congiunti dell'arrogando, e del suo tutore (Gajo, I, 102; *Inst.*, § 3, *de adopt.*, I, 11; fr. 17, § 1, 2, *Dig. eod.* I, 7; *cost.* 2, *Cod. eod.*, VIII, 48).

2° Una cauzione, che si prestò prima ad un servo della repubblica, esercente le funzioni di *tabularius*, poi ad un uomo libero esercente quella funzione; (*cost.* 3, *Cod. de tabul.*, X, 69), di restituire, in caso di sopravvivenza all'arrogato, tutti i beni di costui a coloro che gli sarebbero succeduti, se l'arrogazione non si fosse verificata (*Instit.*, § 3, *adopt.*, I, 11; fr. 18, 19; fr. 20; *Dig. eod.*, I, 7).

3° L'obbligo nell'arrogatore, quando avesse emancipato o diseredato l'arrogato senza giusta ragione, non soltanto di restituirgli tutto il primitivo patrimonio di lui, e gli acquisti fatti con quello, ma ben anco di lasciargli, alla propria morte, la *quarta parte dei propri beni*. Questa quarta parte di beni, chiamasi *quarta Divi Pii o quarta Piana*, perchè ordinata da Antonino Pio (*Inst.*, § 3, *de adopt.*, I, 11; fr. 22 *pr.*, *Dig. eod.*, I, 7; fr. 8, § 15; *Dig. de inoff. testam.* V, 2; fr. 1, § 21, *de collat.* XXXVII, 6; fr. 13, *si quis in fraud. patr.*, XXXVIII, 5; *cost.* 2, *Cod. de adopt.*, VIII, 48).

4° Finalmente l'arrogatore *non può* emancipare l'arrogato senza forti ragioni, valutabili dal magistrato; ma *deve* per lo contrario emanciparlo, quando l'arrogato divenuto pubere il richiegga, restituendogli in ambedue i casi, il suo patrimonio (§ 3, *Instit.*, *de adopt.*, I, 11; fr. 32 e 33, *Dig. eod.*, I, 7).

§ 115. Importanti sono gli effetti dell'arrogazione in gius Nuovo, e più lo erano in gius Antico; infatti:

1° In gius Antico, tutti i beni che componevano il patrimonio dell'arrogato, passavano in proprietà dell'arrogatore. Avveniva a favore di quest'ultimo, una vera *successio per universitatem;* costui doveva sodisfare i creditori del patrimonio dell'arrogato, altrimenti essi, conseguita una *restitutio in integrum*, avrebbero ottenuto una *missio in bona arrogati,* col diritto di vendita. (Gajo, III, 82, 84; *Inst. Imp.*, *de acquisit. per arrogat.*, III, 10; fr. 15, *Dig. de adopt.*, I, 7; fr. 5, § 2; fr. 10, *Dig. de cap. min.*, IV, 5; fr. 11, § 2, *Dig. de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11; *cost.* 16, *Cod. de usufr.*, II, 33).

2° L'arrogato subiva una *minima capitis diminutio,* di *sui juris* divenendo *alieni juris*: ed una uguale *capitis diminutio* subivano i suoi figli e le persone da lui dipendenti, che perdevano delle eventualità di divenire *sui juris* (Paolo, III, 6, 20; fr. 3 *pr.*, *Dig. de cap. min.*, IV, 5).

3° L'arrogato perdeva la sua primitiva *agnazione*, ed acquistava quella dell'arrogatore (fr. 8, § 13, *Dig. de bon. poss. contra tab.*, XXXVII, 4; fr. 1, § 4, *Dig. unde cognati,* XXXVIII, 8; fr. 4, § 10, *Dig. de gradibus;* fr. 2, § 3, *de suis et legitim.*, XXXVIII, 16), non già la sua *cognazione;* e però succedeva nell'eredità dell'arrogatore e di tutti gli agnati di lui, ma non in quella della moglie dell'arrogatore e dei parenti di

lei. Questi effetti si verificano anche in gius Nuovo; ma l'arrogatore acquista sui beni dell'arrogato quei diritti soltanto che vedremo spettare al padre sul peculio avventizio del figlio, vale a dire l'usufrutto e l'amministrazione (*Instit.*, § 2, *de adquisit. per arrogat.*, III, 10; *cost.* 11, *Cod. comm. de success.*, VI, 59; *cost.* 6, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61).

B) Adozione propriamente detta.

(*Datio in adoptionem*).

§ 116. Quest'adozione ha per effetto il passaggio di una persona *alieni juris* dalla sua primitiva famiglia, in quella dell'adottante. *Datio in adoptionem* è il nome vero di quest'atto: imperocchè un *paterfamilias* dà ad un altro il proprio figlio in adozione; e la patria potestà, dalla quale quel primo si dimette, è acquistata da questo secondo. In antico, le forme, che si adoperarono ad eseguirla, dimostravano l'estinzione per una parte, e l'acquisto per l'altra, della patria potestà; e tali forme erano: una triplice *mancipatio* ed una *cessio in jure*.

§ 117. La *mancipatio* era una vendita solenne, per la quale una parte dava la cosa venduta, e l'altra ne pagava il prezzo in una quantità di metallo, ordinariamente rame, che non essendo coniato, nei primi tempi si pesava con una bilancia: onde si diceva che la cosa era trasferita per *æs et libram*. Questa vendita si faceva alla presenza di cinque testimoni, tutti cittadini Romani e puberi, e di un *libripens*, specie di pubblico pesatore, che teneva la bilancia. Si proferivano dalle parti formule sacramentali relative all'atto che si poneva in essere. I cinque testimoni rappresentavano le cinque classi nelle quali Servio Tullio aveva diviso il popolo Romano: con la loro presenza mostravano l'annuenza dello Stato all'operazione, alla quale assistevano. Cotale *mancipatio* era necessaria per trasferire in altri le *res mancipi*, cose le quali (come vedremo) probabilmente in origine, erano state attribuite in proprietà ai privati per una concessione dello Stato, con l'obbligo che il concessionario le trasmettesse morendo ai suoi figli ed agnati, talchè se egli voleva derogare a questa legge, abbisognava del permesso dello Stato. Tutto questo, che da primo era una realtà, in seguito divenne un simbolo;

coniata la moneta, non vi era più bisogno di pesare il metallo, pure si seguitò a fare la mancipatio *per æs et libram* come in antico; ed invece di pesare il metallo, si percuoteva la bilancia con una verga di rame. Una vendita reale, ai tempi di Gajo la *mancipatio* non era più, sibbene una vendita fittizia (*imaginaria quædam venditio*), necessaria per le *res mancipi*, quali erano allora i fondi urbani e i fondi rustici di suolo italico, le servitù inerenti a questi ultimi, gli schiavi, e gli animali da lavoro (Gajo, I, 119 *e seg.*). Era insomma, divenuta una solennità dell'atto, mentre prima era l'atto stesso.

§ 118. Una triplice *mancipatio,* abbiamo detto, si richiedeva come prima formalità della dazione in adozione. *Triplice,* se si trattava di un figlio, ma *semplice* se invece si fosse trattato di una figlia, o di un nipote. La legge decemvirale esigeva tre mancipazioni pel figlio, onde si deduceva che una sola fosse sufficiente per la figlia, e pel nipote. Queste mancipazioni erano necessarie per estinguere la patria potestà; soltanto dopo la terza, il figlio passava nel mancipio del compratore, perocchè dopo la prima e la seconda, per una specie di *diritto di postliminio*, ritornava in potestà del padre; distrutta la patria potestà per siffatta maniera, si faceva luogo alla seconda formalità, alla *cessio in jure.*

§ 119. In conseguenza della *mancipatio*, o delle tre *mancipationes,* la figlia o il figlio erano divenuti *mancipii* del compratore; ma il padre aveva apposto nella vendita, mediante la *nuncupatio*, un patto espresso pel quale il compratore doveva procedere a rivendergli il figlio o la figlia (*fiducia*); e questi di fatto eseguiva codesta *remancipatio.* Dopo la medesima, il già compratore che voleva adottare il padre naturale, ed il figlio da adottarsi comparivano insieme dinanzi al pretore. Ivi, chi voleva adottare il figlio, lo rivendicava come figlio proprio, il padre naturale taceva, ed il pretore lo aggiudicava al rivendicante: questa seconda formalità dicevasi *in jure cessio non contradicente patre* (Gajo, I, 134; Ulp., VIII, 5, X, 1). Cotale in *jure cessio,* facendosi *imperio magistratus*, la *datio in adoptionem* in discorso, fu detta concludersi *imperio magistratus* (Gajo, I, 98, 134).

§ 120. Siffatte forme andarono in disuso, e negli ultimi tempi della repubblica fu introdotto il costume di dichiarare nel proprio testamento, che il testatore considerava un tal cittadino

come suo figlio: e così implicitamente lo adottava. Fu in questo modo che Giulio Cesare adottò Ottavio, e molti imperatori seguitarono un tale sistema, onde la frase: *testamento adoptare*. Questa adozione, non aveva validità di per se stessa: perchè divenisse efficace doveva essere ratificata da una legge; ed Ottavio infatti, fece confermare l'adozione testamentaria sua, *lege curiata* (APPIAN., *De bello civ.*, III, 14). Tal maniera di adozione evidentemente non aveva per effetto di dare al testatore la patria potestà sull'adottato, perocchè il testamento non ha effetto che dopo la morte del testatore; in sostanza non era altro che un'istituzione in erede, con l'obbligo per l'istituito di prendere il nome del testatore; di qui deriva che nelle fonti del nostro diritto, non compariscono: *adoptiones per testamentum*.

§ 121. Dopo Giustiniano, le adozioni furono fatte con una semplice dichiarazione delle parti dinanzi al magistrato; ma siccome l'adottato deve esso pure consentire all'adozione, o almeno non opporsi, perciò la sua presenza fu tanto necessaria quanto quella del padre naturale e del padre adottivo (*cost.* 11, *Cod. de adopt.*, VIII, 48; fr. 24, *Dig. de adopt.*, I, 7).

§ 122. La *datio in adoptionem* richiede il concorso delle circostanze, qui appresso indicate:

1° Il consenso del padre naturale, del padre adottivo, e dell'adottando; il consenso espresso di quest'ultimo non è necessario, basta la sua tacita annuenza (fr. 5, *Dig. de adopt.*, I, 7). In gius antico, il padre avendo facoltà di vendere il figlio, poteva a più forte ragione darlo *in adoptionem*, senza bisogno che egli vi consentisse.

2° Se taluno è adottato in nipote, è necessario il consenso del figlio naturale dell'adottante (*Instit.*, § 7. *de adopt.*, I, 11; fr. 6. *Dig. eod.*, I, 7), non degli altri agnati (fr. 7, *Dig. de adopt.*, I, 11); per essi non esiste la ragione, per cui si addimanda il consenso del figlio, l'aumento cioè della famiglia e l'imposizione di un erede necessario.

3° L'adozione deve essere fatta dinanzi al magistrato: *imperio magistratus*, che ne prende registro nel protocollo (*Instit.*, § 1, *de adopt.*, I, 11; fr. 2 *pr.*; fr. 4. 36, *Dig. eod.*, I, 7; *cost.* 11, *Cod. eod.*, VIII, 48; ULP., VIII, 5; GAJO, I, 98).

§ 123. Gli *effetti* della *datio in adoptionem* in gius antico, erano quelli stessi dell'arrogazione. L'adottato usciva dalla sua

famiglia primitiva, per entrare in quella del padre adottivo; subiva dunque una *minima capitis diminutio,* (ULP., XI, 13; *Instit.*, § 2, *de legit. agnat. success.,* III, 2; fr. 23, *Dig. de adopt.,* I, 7; fr. 12, § 4, *Dig. de ritu nupt.,* XXIII, 2). I suoi figli non cadevano insieme con lui nella potestà del padre adottivo, rimanevano nella potestà della persona, che dava in adozione il padre loro (*Instit.,* § 11, *de adopt.,* XXII, 6; fr. 40 *pr., Dig. eod.,* I, 7). Ma secondo la legislazione di Giustiniano, questi effetti non si verificano sempre.

§ 124. Per la legislazione Giustinianea circa agli effetti della *datio in adoptionem,* fa di mestieri procedere con una distinzione:

a) Se un figlio od una figlia sono dati in adozione ad un ascendente naturale loro, l'adozione produce gli effetti della arrogazione, e questa dicesi dai commentatori *adoptio plena.*

b) Se invece sono dati in adozione ad un estraneo, restano nella potestà e nella famiglia del loro padre naturale; il padre adottivo non acquista nè potestà, nè diritti sui loro beni; laonde i commentatori dissero questa *adoptio minus plena* (*cost.* 10 *pr.,* § 1, 2, 4, *Cod. de adopt.,* VIII, 48; *Inst.,* § 2, *eod.,* I, 11; § 8, *quib. mod. jus, patr. pot. solv.,* I, 12 e § 14, *de hered. quæ ab int.,* III, 1). L'unico effetto di tale *adoptio minus plena* è di conferire all'adottato un diritto di successione *ab intestato* nei beni di suo padre adottivo; ed anche questo diritto può venir meno, se il padre adottivo emancipa l'adottato o lo disereda (*cost.* 10, *Cod. de adopt.,* VIII, 48; *Instit.,* § 2, *eod.,* I, 11; e § 14, *de hered. ab intest.,* III, 1). Ma l'adottato, non uscendo dalla sua famiglia naturale, vi conserva tutti i suoi diritti, non escluso quello di succedere nell'ordine legittimo ai suoi congiunti per sangue. Il padre adottivo non succede per legge nell'eredità di questo figlio adottato meno pienamente, perchè quest'ultimo conserva la sua parentela naturale. La ragione che consigliò Giustiniano ad introdurre siffatta adozione meno piena, fu il desiderio di guarentire i diritti ereditari del figlio adottivo, che, senza l'istituzione in discorso, sarebbero stati pregiudicati in modo ingiusto; e di fatti, mentre per un lato egli avrebbe perduto il diritto di succedere al padre naturale, uscendo dalla famiglia di lui: non sarebbe stato sicuro per l'altro di succedere almeno al padre adottivo. Vero è bene che un Senatusconsulto *de adoptione ex tribus maribus,* probabilmente emanato nel tempo di Antonino Pio, essendo console un tal Sabino (*cost.,* 1, *Cod. de edendo,* II, 1), aveva disposto, che se taluno che

aveva tre maschi, ne dava uno in adozione; l'adottante dovesse lasciare il *quarto dei propri beni* a quello fra i tre maschi che aveva adottato; e così era garantita in parte la sorte di cotale adottato, nel caso che il padre adottivo lo avesse emancipato (vedi *cost.* 10, § 3, *Cod. de adopt.*, *Instit.*, § 14, *de hered. quæ ab int.*, III, 1; TEOFILO, *Paraf.*, III, 1, § 14); ma era questo un provvedimento per un caso speciale, ed un provvedimento neppure molto vantaggioso; laonde Giustiniano, introducendo l'*adoptio minus plena,* che tanto più efficacemente e in modo generale provvedeva alla sorte degli adottati da un estraneo, abolì quel *senatusconsulto*.

III. PER LEGITTIMAZIONE.

(*Cod.*, lib. 5, tit. 27, *De naturalibus liberis, et matribus eorum, et ex quibus causis justi efficiantur.*)

§ 125. Legittimazione è: *quell'atto mediante il quale i figli naturali si fingono nati da un legittimo matrimonio, e riducendoli nella potestà del padre loro naturale, si fa acquistare ad essi il titolo e la condizione giuridica di figli legittimi,* (*justi, legitimi efficiuntur*). La legittimazione si fonda sopra la finzione giuridica, che fosse contratto matrimonio fra i genitori naturali del figlio illegittimo, nell'epoca in cui lo generarono. Di qui deriva, che per diritto Romano, i soli *figli nati da concubinato* possono venire legittimati, e non lo possono per regola gli *spuri,* gli *adulterini* e gli *incestuosi*. I *figli nati da concubinato,* sebbene sieno *naturales liberi,* pure hanno un padre conosciuto, essendo (come vedremo) il concubinato una unione sessuale stabile, e fino ad un certo punto riconosciuta dalla legge; laonde è possibile per essi la finzione giuridica, sulla quale la legittimazione si fonda; ma non lo è relativamente agli *spuri,* dei quali si ignora chi fosse il padre e neppure quanto agli *incestuosi* ed agli *adulterini,* fra i genitori dei quali non si può fingere un matrimonio, cui osta la troppo stretta parentela o l'esistenza di altro matrimonio. La legittimazione, è un modo di acquistare la patria potestà, perocchè i figli naturali, per lo innanzi *sui juris,* vengono ridotti nella potestà del loro padre naturale.

§ 126. Nel diritto Antico, la legittimazione, quale si conobbe nel diritto imperiale, e quale noi l'abbiamo definita, era una isti-

tuzione ignota; vi erano per altro dei casi, nei quali si conseguivano effetti analoghi. Il latino juniano, che acquistava la cittadinanza coi suoi figli, acquistava su di essi la patria potestà (ULP., III, 3; GAJO, I, 95). Il peregrino che otteneva per grazia del principe il *privilegium* della cittadinanza medesima, poteva insieme impetrare e conseguire la patria potestà sui propri figli (GAJO, I, 93, 94, 96). I latini ed i peregrini, che, mediante la *causæ probatio,* acquistavano la Romana cittadinanza, cambiavano il loro matrimonio di diritto delle genti in *legitimum matrimonium,* ed acquistavano la patria potestà sui figli già nati (GAJO, I, 29, 32, 66, 75). Fu Costantino che introdusse pel primo un mezzo di legittimazione diretto, e gli imperatori successivi esplicarono sempre più la legislazione in questa parte. Allorquando le Istituzioni imperiali furono promulgate, si conoscevano due sole maniere di legittimazione: *a*) quella *per subsequens matrimonium, b*) l'altra *per oblationem curiæ.* Giustiniano ve ne aggiunse una terza, quella per *rescriptum principis.* [1]

[1] Il Codice Civile italiano riconosce la legittimazione qual mezzo di attribuire a colui che è nato fuori di matrimonio, la qualità di figlio legittimo (art. 194).

Dalla legittimazione nasce senza dubbio la patria potestà, se è fatta viventi ambedue, od uno dei genitori, e mentre il figlio non ha ancora compiuto i 21 anno.

Ma il Codice ammette che possano legittimarsi dei figli premorti, legittimazione che avviene in favore dei loro discendenti (art. 196), e che la legittimazione possa ottenersi per decreto reale anche dopo la morte di quello dei genitori che espresse in un testamento od in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali, qualora questi, avanzatane domanda alla Corte reale di Appello, abbiano ottenuta da essa favorevole deliberazione, approvata dal Consiglio di Stato (art. 199 e 200). Laonde è evidente che dalla legittimazione *può non nascere la patria potestà;* questa non essendo possibile di fronte a figli premorti, o di fronte a genitori già defunti, o di fronte a figli che abbiano superato l'età minore.

Del resto sì nel sistema del Codice, come in quello del diritto Romano, non tutti i figli illegittimi possono essere legittimati. Il Codice vieta di legittimare i figli che non possono essere legalmente riconosciuti (art. 195), vale a dire quelli adulterini, e quelli fra i genitori dei quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado (art. 180).

Due sole maniere di legittimazione ammette il Codice:

1° Per susseguente matrimonio contratto fra i genitori del figlio naturale.

2° Per decreto Reale.

a) A legittimare i figli per susseguente matrimonio è necessario il *loro riconoscimento* per opera di *ambedue i loro genitori*, riconoscimento che può essere anteriore o posteriore al matrimonio.

Se i figli sono stati *riconosciuti* da *ambedue i genitori* nell'*atto* del matrimonio o *anteriormente,* acquistano i diritti di figli legittimi dal *giorno del matrimonio.*

Se sono stati riconosciuti *dopo il matrimonio*, acquistano i diritti di figli legittimi dal *giorno del riconoscimento* (art. 197).

a) *Per subsequens matrimonium.*

§ 127. Questa legittimazione aveva luogo allorchè taluno, avendo dei figli da una concubina, la sposava, e trasformava il concubinato in *justæ nuptiæ*. Ciò era possibile se la concubina fosse stata persona ingenua e di condizione non vile, nè infame (*cost.* 6, *Cod. de nat. lib.,* V, 27). L'imperatore Zenone, nell'anno 476 dell'èra cristiana, ordinò che questa legittimazione si applicasse soltanto, ai figli naturali già nati al momento della sua costituzione; egli voleva per siffatta guisa eccitare coloro che vivevano in concubinato, ad affrettarsi a contrarre matrimonio, pel timore di non potere legittimare i figli, che fossero per nascere in seguito dalla loro unione (*cost.* 5, *Cod. de nat. lib.*, V, 27). Anastasio rinnovò queste disposizioni, con la espressa condizione per altro, che non esistessero discendenti legittimi, i quali sarebbero stati di ostacolo alla possibilità di quella legittimazione (*cost.* 6, *Cod. de nat. lib.*, V, 27). Giustino abolì la restrizione imposta da Anastasio, richiamando in vigore le disposizioni di Zenone (*cost.* 7, *Cod. de natur. liber.*, V, 27). Giustiniano poi generalizzò l'istituzione; per lui qualunque persona, che avesse dei figli nati da concubinato con persona libera, ebbe facoltà di legittimarli sempre, per *subsequens matrimonium;* e questi figli legittimati furono parificati a quelli che nascessero dopo il matrimonio, senza curare l'epoca del loro concepimento (*cost.*, 10, 11, *Cod. de nat. lib.*, V, 27; *Instit.*, § 13, *de nuptiis,* I, 10 e § 2, *de hered. quæ ab int. def.*, III, 1).

b) La legittimazione per decreto reale può essere accordata quando concorrano le seguenti condizioni (art. 198):

1° che sia domandata dai genitori stessi, o da uno di essi, oppure, come sopra dicemmo, quando l'uno dei genitori defunti abbia espresso in un testamento od in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali;

2° che il genitore il quale la domanda, non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti di essi. — E ciò per non pregiudicare gli interessi di questi terzi;

3° che il medesimo genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio: mezzo di legittimazione più morale e più semplice;

4° che ove il richiedente sia vincolato a matrimonio, l'altro conjuge consenta; e ciò per non pregiudicare i suoi interessi.

Il re non accorda la legittimazione per decreto, se la Corte di Appello, sentito il Pubblico Ministero in Camera di Consiglio, non ha deliberato affermativamente sulla domanda di legittimazione, e se il Consiglio di Stato non ha proferito il suo parere sulla convenienza della legittimazione stessa (art. 200).

La legittimazione per decreto reale produce gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio, ma soltanto dal *giorno* dell'*ottenuto decreto*, e riguardo al genitore che l'ha domandato (art. 201).

Con le sue *Novelle* 18, cap. 11, e 78, cap. 4, permise di legittimare *per subsequens matrimonium* eziandio i figli avuti da una liberta o da una schiava. Due estremi esigonsi per adoperare questa maniera di legittimazione:

1° La stipulazione di un atto di costituzione di dote (*instrumentum dotale*), od anche di un atto puramente inteso a constatare l'esistenza del matrimonio (*nuptiales tabulæ*), e l'epoca in cui il concubinato ebbe termine, e principio il matrimonio (*cit. cost.* 10, 11, *Cod. de nat. lib.*, V, 27; *Instit.*, § 13, *de nuptiis*, I, 10; *Nov.* 89, *cap.* 8).

2° Che i figli consentissero alla legittimazione (*hoc ratum habuerint*), non si potendo a loro malgrado ridurli sotto la potestà del padre naturale, e di *sui juris* contro loro voglia farli *alieni juris* (fr. 11, *Dig. de his qui sui*, I, 6; *cit. Nov.* 89, cap. 11). Il dissenso di alcuni di loro non avrebbe nuociuto agli altri. Per Giustiniano, non fu più un ostacolo alla legittimazione in discorso, la circostanza che quegli il quale voleva legittimare, avesse ancora dei figli legittimi nati da altro precedente matrimonio (*Nov.* 12, cap. 4).

b) *Per oblationem curiæ.*

§ 128. Per dare interesse a cuoprire la carica di decurione, generalmente sfuggita, fu dichiarato che il figlio illegittimo, fatto iscrivere fra i decurioni, diverrebbe legittimo, e legittima la figlia maritata ad un decurione (*cost.* 3, *Cod. de nat. lib.*, V, 27, § 13, *de nuptiis,* I, 10). A Teodosio II ed a Valentiniano III devesi questa maniera di legittimazione. Giustiniano la confermò e la permise, oltre che a coloro che avevano dei figli illegittimi soltanto, ancora a quelli che ne avevano eziandio dei legittimi nati da un precedente matrimonio (*cost.* 9, § 3, *de nat. lib.*, V, 27; *Nov.* 89, c. 2 e seg). Ma il legittimato *per oblationem curiæ* acquistava relazioni di parentela unicamente col padre, non già con gli altri membri della famiglia, sebbene fosse ridotto sotto la potestà del padre legittimante (*Inst.*, § 13, *de nuptiis,* I, 10). Del resto anche questo modo di legittimazione richiedeva il consenso del legittimando. La legittimazione *per subsequens matrimonium* non era applicabile in tutti i casi: non lo era, esempigrazia, se la madre fosse morta, o non si fosse saputo ove avesse trasferito il suo domicilio;

la legittimazione per *oblationem curiæ* era possibile soltanto a persone doviziose; ciò considerando Giustiniano, introdusse un mezzo di legittimazione di più generale applicabilità (*Nov.* 74, proem. c. 1); fu questo la legittimazione

c) *Per rescriptum principis.*

§ 129. Il principe non accordava questo rescritto di legittimazione:

1° Se esistevano altri figli legittimi.

2° Se la legittimazione per *subsequens matrimonium* era possibile (*Nov.* 74, c. 2; *Nov.* 89, c. 9 e 10). Se un padre di figli illegittimi, che durante la sua vita non aveva potuto legittimare per qualche circostanza indipendente dalla sua volontà: nel suo testamento istituendoli eredi, esprimeva il desiderio che gli succedessero come figli legittimi; essi potevano in tal caso ricorrere all'imperatore, ed ottenere da lui un rescritto, che li dichiarasse legittimi (*Nov.* 89, c. 10; *Nov.* 74, c. 2, § 1). Legittimare non si può, insieme ed in un medesimo atto il proprio figlio illegittimo, ed i figli illegittimi che alla sua volta questi avesse; perocchè questi ultimi, come illegittimi, non dipendono dal padre loro, sono *sui juris*; laonde la legittimazione di quello non avrebbe effetto alcuno su questi. Effetti della legittimazione sono: di conferire al padre la patria potestà; di fare divenire *alieni juris* il figlio già illegittimo, e perciò già *sui juris*; di uguagliare assolutamente questo figlio legittimato, ai figli legittimi, ed in conseguenza anche agli effetti della successione nell'eredità paterna e materna (*Nov.* 89, c. 8 pr., e c. 9, § 1).

CAPITOLO II.

EFFETTI DELLA PATRIA POTESTÀ.

§ 130. La *patria potestas* nel diritto primitivo di Roma aveva effetti uguali alla *herilis potestas;* ma in seguito i diritti del padre sul figlio furono tanto mitigati, che appena rimase analogìa fra quelle due potestà. Il figlio di famiglia nei primi tempi di Roma, non aveva neppure parte all'amministrazione degli affari

pubblici; nei comizi centuriati non poteva comparire, perocchè in questi i cittadini intervenivano per gerarchia di censo, ed il figlio di famiglia non ne aveva; tuttavia anche molto prima del terminare della repubblica, i figli di famiglia per riguardo al diritto pubblico, furono uguagliati alle persone *sui juris*, ed ebbero il *suffragium* e gli *honores*. Non così avvenne circa al diritto privato, o almeno non ugualmente presto; lungamente ebbe il padre sulla persona del figlio, tali e tanti poteri, che la personalità di questo era molto sbiadita. Ed infatti, il padre ebbe per lungo tempo su di lui l'*jus vitæ et necis*, attalchè perfino nella *lex Pompeja de parricidiis*, non è annoverata fra i parricidii l'uccisione del figlio commessa dal padre. Il padre poteva vendere il figlio con la *mancipatio*, prova che aveva su di lui il dominio quiritario; vero è bene che se il padre lo vendeva per tre volte, perdeva la patria potestà; poteva a più forte ragione esporlo ed abbandonarlo, darlo in risarcimento dei danni da esso arrecati (*noxæ datio, noxali causa mancipare*), quando non avesse preferito indennizzare altrimenti l'offeso. Come il servo, così tutto ciò che il figlio di famiglia acquistava, l'acquistava pel *paterfamilias;* alla pari del servo, poteva avere un peculio in amministrazione, ma non in proprietà. L'affezione paterna, e più la mutazione dei costumi, conseguenza della progredita civiltà, modificarono e mitigarono poco a poco questi assoluti paterni poteri; i figli cessarono di essere considerati, come cose; ed il loro nome di *liberi* divenne in realtà un contrapposto a quello di *servi*, fra le persone dipendenti dal *paterfamilias*. Ai tempi di Trajano il padre non potè più maltrattare i figli, sotto pena di essere obbligato ad emanciparli (fr. 5, *Dig. si a parente*, XXXVII, 12). Adriano condannò alla deportazione un padre che aveva ucciso il figlio, sebbene colpevole di adulterio con la matrigna, imponendo ai magistrati di reprimere gli abusi della patria potestà, che egli dichiarò dovere consistere in *pietate non in atrocitate* (fr. 5, *Dig. de lege Pomp. de parricid.*, XLVIII, 9). Alessandro Severo proibì al padre di applicare di proprio arbitrio ai figli delle pene, e gli impose l'obbligo di ricorrere ai magistrati perchè li punissero (*cost.* 3, *Cod. de patr. pot.*, VIII, 47). Finalmente Costantino comminò la pena del parricidio al padre che avesse ucciso il figlio (*cost. un.*, *Cod. de his qui par. vel lib. occid.*, IX, 17). Ancora il diritto di vendere il figlio con la *mancipatio* subì delle limitazioni; è vero che nei tempi di Gajo esisteva

tuttora, ma più che altro come una finzione adoperata allo scopo di liberare i figli dalla patria potestà, o di darli in adozione (GAJO, I, 117 e 118). Un creditore che scientemente riceveva in pegno un figlio dal padre, era condannato alla relegazione (PAOLO, V, 1; fr. 5, *Dig. quæ res pign.*, XX, 3). L'abbandono *noxale* dei figli si faceva ancora, ma un senso di pudore lo vietava per le figlie (GAJO, IV, 75); nell'epoca in cui furono pubblicate le Istituzioni, era da gran tempo assolutamente cessato (§ 7, *de nox. act.*, IV, 8). Paolo ci informa che si costumava tuttora, mentre egli viveva, di vendere i figli, ma per estrema miseria (V, I, 1). Caracalla, Diocleziano e Massimiano negarono al padre quel diritto come pure quello di oppignorarli o donarli (*cost.* 1, *Cod. de liber. causa*, VII, 16; *cost.* 1, *Cod. de patrib.*, IV, 43; *cost.* 6, *Cod. de patr. pot.*, VIII, 47). Costantino permise la vendita dei medesimi, ma sotto due condizioni:

a) che fossero neonati (*sanguinolenti*);

b) che fossero venduti per estrema miseria, talchè il padre nell'impotenza di alimentarli, si trovasse costretto ad abbandonarli (*cost.* 1, 2, *Cod. de patrib.*, IV, 43); e Giustiniano, senza curare ciò che intorno a questo argomento avevano disposto Teodosio e Arcadio I, riprodusse la costituzione di Costantino. Limitato il diritto del padre di vendere i figli, dovè esserlo anche il diritto di abbandonarli. Costantino, Valentiniano I, e poi Giustiniano lo abolirono (*cost.* 2, *Cod. de patrib.*, IV, 43; *cost.* 2, *Cod. de inf. exposit.*, VIII, 52; *cost.* 8, *Cod. ad leg. Corn. de sicariis*, IX, 16). Ancora per rispetto ai diritti patrimoniali, furono modificati i poteri paterni; il principio che quello che il figlio acquistava, lo acquistava pel padre, fu quasi annullato con la introduzione dei *peculi castrense e quasi castrense*, e poi dall'*avventizio*.

§ 131. I diritti del padre sulla persona dei figli in gius nuovo, si riducono ai seguenti:

1° di venderli, sotto le due condizioni stabilite da Costantino.

2° di correggerli moderatamente, ma con l'obbligo di consegnarli al magistrato perchè li punisca, se si fecero rei di un vero delitto (*cost.* 3, *Cod. de patr. pot.*, VIII, 47).

3° di consentire alle loro nozze, senza il qual consenso queste sono nulle (fr. 2, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *Inst. prin.*, *de nuptiis.*, I, 10).

4° di nominare loro un tutore per testamento (*Inst.*, § 3, *de tutelis*, I, 13; fr. 1 *pr.*, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2).

5° di fare testamento pei figli, e nominare un erede ai medesimi, pel caso che morissero prima di avere raggiunto la pubertà (*jus pupillariter substituendi*). Vedi le *Instit. prin., de pupill. substit.* II, 16; fr. 2, *Dig. de vulg. et pup. substit.,* XXVIII, 6.

6° di recuperarli da chiunque li ritenesse contro sua voglia, mediante l'interdetto *de liberis exhibendis* (fr. 1 *pr.*, *Dig. de lib. exhib.,* XLIII, 30; fr. 1; § 1, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1).[1]

[1] Gli effetti della patria potestà, ancora pel Codice Civile italiano, possono distinguersi in effetti relativi *alle persone* ed *ai beni*.

A) Relativamente *alle persone:*

a) Il figlio deve onorare e rispettare i genitori; quest'obbligo per altro gli incombe qualunque sia la sua età (art. 220), e così anche dopo cessata la patria potestà.

b) Il figlio che vuole contrarre matrimonio ha bisogno del consenso dei genitori. Questo bisogno seguita ancora dopo che fu sciolta la patria potestà, fino ai 25 anni nel figlio, ai 21 anno nella figlia (art. 63).

c) Il figlio che vuol farsi adottare, ha bisogno del consenso dei genitori (art. 208).

d) Il genitore superstite può per atto notarile o per testamento nominare un tutore al figlio (art. 242) ma questa nomina non ha effetto, se il genitore non aveva più *l'esercizio della patria potestà*, nel momento della sua *morte* (art. 243).

e) Il figlio non può abbandonare la casa paterna, o quella che il padre gli abbia destinata, senza la permissione del medesimo, salvo per causa di volontario arruolamento nell' esercito nazionale. Ove se ne allontani senza permesso, il padre ha il diritto di richiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale civile (art. 221). — Ma esistendo giuste cause di allontanamento, il presidente, ed in caso di urgenza il pretore, sulla istanza dei parenti, od anche del Pubblico Ministero provvedono (art. 221, capoverso 1° e 2°)

f) Il padre che non riesca a frenare i traviamenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli, secondo i propri mezzi, gli alimenti necessari, e ricorrendo ove sia d'uopo al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa o in quell'istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo (art. 222). Queste disposizioni sono applicabili anche alla madre che eserciti la patria potestà (art. 231).

B) Relativamente *ai beni*:

1° Il padre *rappresenta* i figli nati, e i nascituri in tutti gli atti civili, e ne *amministra* i beni. Egli però *non può* alienare, ipotecare, impegnare i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui, od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione, se non per cause di *necessità* o di *utilità evidente* del figlio stesso, e *mediante l'autorizzazione del tribunale civile* (art. 224). Per la riscossione dei capitali, o per la vendita degli effetti mobili soggetti a deterioramento, basta l'autorizzazione del pretore, a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso (art. 225). Le eredità devolute ai figli soggetti alla patria potestà, saranno accettate col benefizio dell'inventario. — Se il padre non possa o non voglia accettarle, a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti, o del procuratore del re, il tribunale ne può autorizzare l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale, e sentito il padre (art. 226). La nullità degli atti fatti in contravvenzione a queste disposizioni non può essere opposta che dal padre o dal figlio, e dai suoi eredi (art. 227).

2° Il padre ha *l'usufrutto* dei beni che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva fino a che il figlio sia emancipato, od abbia raggiunto l'età maggiore (art. 228).

Tali dritti spettano anche alla madre, che esercita la patria potestà (art. 231).

§ 132. Quanto ai diritti patrimoniali, nella legislazione Romana il principio dominante si è, che essi risiedono tutti nel *paterfami-*

Di questi beni (contemplati dal citato art. 228) il padre, o la madre che esercitano la patria potestà hanno dunque usufrutto ed amministrazione, il figlio la proprietà. Laonde detti beni costituiscono una specie di *peculio avventizio ordinario* del diritto Romano. Il Codice riconosce ancora nei figli dei beni, che costituiscono una specie di *peculio castrense* e *quasi castrense*; perocchè l'art. 229, n. 4 dichiari: « che il padre *non ha l'usufrutto legale* sui beni acqui- » stati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, pro- » fessioni od arti, o altrimenti *col proprio lavoro, e con la propria industria se-* » *parata.* » Nulla dispone il Codice relativamente *all'amministrazione di questi beni*; stando alla generica locuzione dell'art. 224, bisognerebbe dire che il padre o la madre esercente la patria potestà, avessero anche di questi l'amministrazione; se non che a noi parrebbe assurdo ammettere, che quegli che seppe o potè acquistare beni col proprio lavoro e con l'industria, non debba saperli amministrare, e non debba potere amministrarli.

Se il figlio non avesse esercitata *industria separata* da quella del padre, ed avesse lavorato per lui, e con capitali paterni, è da credere che il prodotto di questa industria e lavoro, costituirebbe una specie di *peculio profettizio*, sul quale il figlio non avrebbe alcun diritto.

Costituiscono poi una specie di *peculio avventizio straordinario*, perchè non soggetti ad usufrutto legale dei genitori (art. 229 e 231):

a) i beni lasciati o donati al figlio, a condizione che i genitori non ne abbiano l'usufrutto; la quale condizione però sarebbe senza effetto, riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima;

b) i beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera od una professione;

c) i beni pervenuti al figlio per eredità, legato, o donazione accettata nell'interesse del figlio, contro il consenso del padre.

Il Codice tace ancora relativamente a chi spetti l'amministrazione di questi beni. – Stando alla generica locuzione dell'art. 224, spetta al padre o alla madre esercente la patria potestà. – Se non che anche questa risoluzione a noi parrebbe improvvida, specialmente di fronte ai beni ricordati in primo ed in terzo luogo (lett. *a* e *c*).

In correspettività dei vantaggi dell'usufrutto legale ora ricordato, chi lo gode va sottoposto ai seguenti pesi (art. 230):

1° Le spese di mantenimento, di educazione ed istruzione del figlio.

2° Il pagamento delle annualità o degli interessi dei capitali, che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto.

3° Tutti gli altri obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari.

Il genitore, escluso *come indegno* da una successione legittima o testamentaria, non ha sulla parte devoluta ai suoi figli, i dritti di usufrutto e di amministrazione, che la legge accorda ai genitori (art. 728 e 766).

L'usufrutto legale del genitore cessa:

1° per la morte dei figli (art. 232) e come diritto inerente alla persona per la morte di chi lo gode, ossia del genitore;

2° per l'età maggiore raggiunta dal figlio (art. 228);

3° per l'emancipazione del figlio (art. 228) la quale, lo vedremo, avviene di diritto in caso di matrimonio del figlio stesso;

4° pel passaggio del genitore ad altre nozze (art. 232);

5° per decreto del tribunale, se il genitore abusa della patria potestà, o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze del figlio (art. 233). Il tribunale può decretare questa cessazione *in tutto* o *in parte*, sulle istanze del figlio o di un prossimo congiunto, o del pubblico ministero (art. 233).

Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso, senza procura ma senza opposizione, od anche con procura ma senza condizione di render conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda (art. 234).

Dell'amministrazione dei beni dei figli possono esser privati i genitori:

lias, e che le persone dipendenti da lui, non ne hanno loro propri esclusivamente mai. Per questo rispetto i figli di famiglia costituiscono una sola persona col padre, onde si dice che fra loro *vi è unità di persona* (*Instit.*, § 4, *de inutil. stip.*, III, 19). Di quì deriva: 1° che fra padre e figlio non possono intercedere rapporti obbligatorii, i quali presuppongono necessariamente duplicità di subietto, ossia due distinte persone, il *creditore* ed il *debitore*, (Vedi *Instit.*, § 6, *de inutil. stip.*, III, 19; fr. 2 *pr.*, *Dig. de contr.*, XVIII, 1; fr. 15; § 1, 2, *Dig. de castr. pec.*, XLIX, 17); 2° che il figlio acquista pel padre; principio il quale soltanto con la istituzione dei peculi castrense, quasi castrense ed avventizio, subì gravi limitazioni. Il figlio, alla morte del padre, acquista il patrimonio familiare *ipso jure*, e di suo diritto, vale a dire non tanto come erede del padre, quanto come erede di se stesso; onde il nome che egli ha di *heres suus*. Non per questo il figlio manca di capacità giuridica, durante la vita del padre. All'infuori del testamento (poi permesso circa ai peculi castrense e quasi castrense), il figlio può fare qualunque atto della vita civile; ha facoltà di acquistare, ma acquista (prima dell'istituzione de' tre peculi surricordati) pel pa-

a) per abuso della patria potestà; il tribunale può allora nominare un curatore ai beni del figlio (art. 233);

b) pel passaggio a nuovo matrimonio della madre. Il consiglio di famiglia da lei convocato, può, con deliberazione approvata dal tribunale, remuoverla da quell'amministrazione (art. 237, 238).

Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per la educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni; dalle quali condizioni può essre dispensata dal Consiglio di famiglia, a sua istanza convocato dal pretore, quando la deliberazione di detto Consiglio sia omologata dal tribunale, il quale provvederà, sentito il pubblico Ministero (art. 235).

Allorchè la madre (che passa a seconde nozze) è mantenuta nell'amministrazione de' beni dal Consiglio di famiglia, o vi è riammessa, si intende sempre che suo marito sia associato alla medesima nell'amministrazione, e ne diviene *responsabile in solido* (art. 238 e 239).

Fra genitore e figlio sottoposto alla sua potestà, non possono eziandio nel sistema del Codice esistere rapporti contrattuali, ma più perchè il figlio sottoposto alla patria potestà è minore, che a causa del vincolo della patria potestà medesima.

Pel Codice nostro, abolita la sostituzione pupillare e la quasi pupillare, il padre e gli ascendenti non possono far testamento pei figli impuberi o non alienati di mente, prevedendo il caso che muoiano nella impubertà o nell'alienazione mentale.

Il genitore, per la legislazione nostra, non può per qualunque ragione diseredare il figlio; la legge per *indegnità* del figlio lo inabilita (come inabilita chiunque) a *succedere ab intestato* e ad acquistare per testamento; ma il genitore non può privarlo col suo testamento della porzione legittima (art. 725, 764, 808).

Il figlio, essendo sottoposto alla patria potestà finchè dura la sua *minore età*, subisce limitazioni nella sua capacità di contrattare uguali a quelle dei minori sottoposti a tutela. (Vedi la nota al § 227, lib. 1, vol. I).

dre; potrebbe alienare, ma non avendo patrimonio proprio (prima sempre di quei peculi), non può tradurre all'atto questa potenza. Verso i terzi, il figlio di famiglia può obbligare *se,* ma non già il padre (*Instit.,* § 10, *Dig. de actionibus,* IV, 6; fr. 8, § 4, *Dig. de acceptilat.,* XLVI, 4), ammenochè non si sia obbligato per comando del padre (*jussu*), o per occasione, e dentro le forze del peculio (*ex peculio*) datogli dal padre ad amministrare, od il padre non abbia risentito vantaggio dall'obbligazione del figlio (*in rem versio*). Siccome i figli di famiglia *aliis obligari possunt,* i loro creditori (quando non sieno tali per danaro mutuato), possono sperimentare *azioni* contro di essi (*Instit.,* § 6, *Dig. de inutil. stip.,* III, 19; fr. 57, *Dig. de judiciis,* V, 1; fr. 39, *de obligat. et act.,* XLIV, 7 *etc.*), ma quest'esperimento è inefficace, se il figlio di famiglia non ha un patrimonio proprio, col quale soddisfare i creditori stessi; efficace sarebbe, se il figlio di famiglia avesse un peculio castrense (fr. 2 *pr.;* fr. 4; § 2, 3; fr. 5 *pr.*, *Dig. quod. cum eo,* XIV, 5). Cessato nel padre il diritto di abbandonare il figlio in risarcimento dei danni da costui arrecati ai terzi (*noxæ datio*), il figlio divenne personalmente responsabile di quei danni; ed il padre cessò di rispondere delle obbligazioni nascenti dai delitti del figlio; ma di questo più diffusamente, quando delle obbligazioni che derivano *ex maleficio* dovremo trattare.

§ 133. Dalle quali cose si raccoglie, di quanta importanza fu, riguardo ai diritti patrimoniali dei figli di famiglia, la istituzione dei peculi castrense, quasi castrense, e poi dell'avventizio; onde è prezzo della opera l'esporne istoricamente la teoria.

Dei peculi.

(*Dig.* lib., XV, tit., 1, *de peculio;* lib., XLIX, tit. 17, *de castrensi peculio; Cod.* lib., I, tit. 3, *de episcopis et clericis etc., et castrensi peculio;* lib., VI, tit. 60, *de bonis maternis et materni generis;* tit. 61, *de bonis quæ liberis in potestate patris constitutis, ex matrimonio vel alias adquiruntur;* lib., XII, tit. 31, *de castrensi omnium palatinorum peculio;* tit. 37, *de castrensi peculio militum et præfectianorum.*)

§ 134. *Peculio* significa in generale *un piccolo patrimonio, che il figlio di famiglia od il servo avevano separato dal patrimo-*

nio del padre o del padrone (fr. 5, § 3, *Dig. de peculio,* XV, 1). Peculio è voce che deriva *a pecude,* bestiame, nel quale consisteva la massima parte delle ricchezze dei primitivi Romani; tanto è vero che la voce *pecunia* ha la stessa etimologìa, e che la prima impronta sulle loro monete, fu l'effigie di qualche quadrupede. Quattro specie di peculi, si conobbero in diritto Romano: il *profettizio*, *il castrense*, *il quasi castrense e l'avventizio.*

I. Peculio profettizio.

§ 135. Fino dai primordi di Roma, il *paterfamilias* fu solito dare al figlio od ai servi una certa porzione dei propri beni, perchè li amministrassero e li trafficassero, ma nell'interesse e nel nome di lui; questo peculio è detto dagli espositori del diritto Romano *profettizio,* ma forse meglio sarebbe chiamato *peculium concessum,* come lo chiama Plauto (*Mercator,* I, 95). Il padre, concedendo al figlio, od ai servi questo peculio, non ne trasmetteva loro la proprietà; quindi poteva riprenderlo, o in tutto od in parte, a suo arbitrio (*Inst. prin., quib. non est permis. testam. fac.*, II, 12; fr. 37, *de acq. rer. dom.,* XLI, 1; fr. 40, *in f. peculio,* XV, 1). Il figlio (giacchè dei diritti del servo sul peculio abbiamo sopra parlato), il figlio aveva l'amministrazione di questo peculio; poteva vendere, purchè per causa di commercio, gli oggetti che esso conteneva (fr. 48, § 1, *Dig. de peculio,* XV, 1, fr. 28; § 2, *Dig. de pactis,* II, 14) ma non donarli (fr. 7, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5); se potesse ipotecarli, era una questione di fatto, risolubile soltanto, con lo esaminare che latitudine avesse l'amministrazione concessagli (fr. 1, § 1, *Dig. quæ res pign.,* XX, 3; fr. 18 e 19, *Dig. de pignorat. act.,* XIII, 7). Il figlio nell'amministrazione del peculio, obbligava *sè indefinitamente* (fr. 44 e 45, *Dig. de peculio,* XV, 1), il padre *fino a concorrenza delle forze del peculio* (fr. 21, § 4, e fr. 29, *Dig. de peculio,* XV, 1). Ma di ciò, più di proposito altrove. Il peculio profettizio diveniva proprietà del figlio:

1° se il patrimonio del padre fosse andato sottoposto alla confisca (fr. 3, § 4, *in fin. de minorib.,* IV, 4).

2° se il padre avesse emancipato il figlio senza togliergli il peculio, nè richiederglielo espressamente (fr. 31, § 2, *Dig. de donat.* XXXIX, 5; *Instit.,* § 20, *de legatis,* II, 20; fr. 53, *Dig. de peculio* XV, 1).

3° E secondo alcuni, se il figlio per dignità conseguita fosse uscito dalla potestà paterna (*Nov.* 81, c. 1).

II. Peculio castrense.

§ 136. Nei tempi dell'Impero, molte costituzioni imperiali prodigarono ai soldati dei privilegi d'ogni maniera, perocchè gli Imperatori cercassero con qualsivoglia argomento di cattivarsene l'affetto. Da Augusto, da Nerva e poi da Traiano fu fissata la massima, che quanto il figlio di famiglia avesse acquistato in occasione del suo servizio militare, dovesse comporre un patrimonio di sua assoluta proprietà, di cui egli potesse disporre alla pari di un *paterfamilias,* anche per testamento (Ulp., XX, 10; ***Instit. prin., quibus non est permissum facere testam.,*** II, 12). Di quì l'idea di un peculio castrense. Da essa derivò che fosse ammesso, potere il figlio disporne eziandio per atti *inter vivos,* sia a titolo lucrativo, sia a titolo oneroso (fr. 2, *Dig. de S. C. Maced.,* XIV, 6; fr. 7, § 6, *Dig. de donat.,* XXXIX, 5). In questo peculio si comprendono:

a) Oltre la paga ed il bottino, anche quello che il padre o altri dava come corredo o fornimento al figlio, che partiva per l'esercito, (fr. 3 e 4 *pr.;* fr. 6, 11 e 15 *prin.*, *de castr. pecul.*, XLIX, 17; *cost.* 1 e 3, *Cod. eod.*, XII, 37),

b) i donativi fattigli, ed i legati, le eredità lasciategli, dai compagni di arme, o commilitoni (fr. 5 e 11, *Dig. de castr. pec.*, XLIX, 17, *cost.* 1 e 4, *Cod. eod.*, XII, 37),

c) quello che ereditava dalla moglie (fr. 13 e 16 *pr.*, *Dig. eod.*),

d) tutto quanto era acquistato o prodotto, col danaro o con le cose componenti il peculio castrense stesso (*cost.* 1 e 4, *Cod. eod.*). Ma la sola volontà del donante o del testatore non può far sì che l'eredità o la donazione lasciate si considerino come parte del peculio castrense, quando mancano ad esse i caratteri all'uopo (fr. 8, *Dig. de castr. pec.*, XLIX, 17). Il padre del militare non ha su questo peculio diritto di proprietà, nè di usufrutto, nè di amministrazione; per diritto antico, se il figlio fosse morto senza far testamento, il padre avrebbe acquistato il peculio in discorso, *jure peculii;* ma nell'ultimo stadio della romana legislazione, i beni che lo compongono vanno agli eredi legittimi del figlio (fr. 2,

19; § 2, *Dig. h. t.; cost.* 5, *Cod. eod., Nov.* 118). Il padre ha questi due soli diritti:

1° se i beni del figlio sono confiscati, acquista la proprietà di cotal peculio (*cost.* 3, *Cod. de bonis proscript.*, IX, 49).

2° se il figlio repudia un'eredità, lasciatagli *ex castrensibus occasionibus*, il padre può acquistarla per sè (*cost.* 8; § 2, *Cod. de bonis quæ liberis,* VI, 61).

III. Peculio quasi-castrense.

§ 137. Ad imitazione del peculio castrense, fu introdotto in seguito un peculio *quasi-castrense,* composto da prima degli acquisti fatti esercitando un pubblico ufficio dignitoso, come di proconsole, di preside di una provincia, di prefetto di una legione: ma che fu esteso, specialmente da Costantino in poi, agli acquisti del genere stesso, fatti dai palatini, dagli assessori, dagli avvocati, dagli ecclesiastici, ed in fine da tutti i pubblici ufficiali, e da tutti gli esercenti una professione liberale (*cost.* 37 *pr., Cod. de inoff. testam.,* III, 28). Giustiniano ordinò, che facessero parte di questo peculio ancora le liberalità ed elargizioni provenienti dall'imperatore e dall'imperatrice (*cost.* 7, *Cod. de bon. quæ lib.*, VI, 61). Il padre non ha nessun diritto su cotale peculio, e neppure questo, (in gius Nuovo) egli acquista *jure peculii*, qualora il figlio muoia senza far testamento. Giustiniano diede facoltà a coloro che hanno un peculio di siffatto genere, di disporne per testamento, il che per lo innanzi non era lecito a tutti (*cost.* 37 *pr., Cod. de inoff. testam.*, III, 28). Il peculio castrense ed il quasi-castrense, vengono sotto la comune denominazione di peculi *militari*, in contrapposto alle altre specie di peculi chiamati *pagani* (*cost.* 37 *prin., Cod. de inoff. testam.,* III, 28).

IV. Peculio avventizio.

§ 138. A Costantino si deve l'istituzione di un'ultima specie di peculio, che i commentatori chiamano *peculio avventizio* (nome preso ad imprestito per analogìa dalla materia dotale), e che i Romani indicavano con la frase *bona quæ patri non adquiruntur.* Vero è bene che il primo esempio di un peculio di questo genere, si verificò sotto il governo di Adriano, il quale per punire un padre, che dissipava certi beni fedecommessarii, che morendo do-

veva trasmettere al proprio figlio, lo privò della proprietà di quei beni, attribuendola al figlio anche durante la patria potestà (fr. 50 *ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1); ma quest'istituzione, in un modo generale e regolare, fu introdotta da Costantino, il quale dichiarò che i beni materni (*bona materna*) dovessero cedere al figlio in proprietà, e che al padre spettasse solamente l'usufrutto e l'amministrazione dei medesimi, (*cost.* 1, *Cod. de mater. bon.*, VI, 60). Valentiniano e Teodosio I estesero cotale disposizione al patrimonio ereditato dagli ascendenti materni (*bona materni generis*), Onorio e Arcadio anche alle donazioni e legati provenienti da quelle persone (*cost.* 2, *Cod. de matern. bon.*, VI, 60), e Teodosio II, e Valentiniano III, a quello che da un coniuge passasse nell'altro come lucro nuziale (*lucra nuptialia, cost.* 3, *Cod. eod.*). Finalmente Giustiniano, a tutto quanto da un estraneo pervenisse al figlio, ed a tutto quanto egli acquistasse, purchè non come rappresentante del padre, nè *ex substantia patris*, e che non potesse far parte dei peculi militari (*cost.* 6 *pr.*, § 1; *cost.* 8 *pr.*, § 3, 7, *Cod. de bonis quæ*, lib. VI, 61; *Inst.*, § 1, *per quas. pers.*, II, 9). Il peculio avventizio è proprietà del figlio, ma esso ne ha la nuda proprietà: l'usufrutto e l'amministrazione spettano al padre. Per atti *inter vivos* non può il figlio disporne senza il consenso paterno (*cost.* 8, § 5, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61); per testamento non può disporne *neppure col consenso paterno* (*Instit. quib. non permiss. test. facere*, II, 12; *cost.* 11, *Cod. qui test. facere poss.*, VI, 22; *cost.* 8, § 6, *Cod. de bonis quæ liberis,* VI, 61), perocchè in quanto a questo peculio non è, come rispetto ai peculi militari, considerato qual *paterfamilias*. Il padre amministratore ed usufruttuario di questo peculio, non è obbligato a dare cauzione, nè a render conto (*cost.* 6 *pr.*, *Cod. cost.* 8, § 4, *Cod. de bonis quæ liberis,* VI, 61); ma mentre è molto libero nella sua amministrazione, non può alienare i beni che compongono cotal peculio, quando non vi sia spinto dalla necessità, come per pagare dei debiti od un legato, o per impedire il guasto di cose che non si potrebbero conservare (*cost.* 1, 2, *Cod. de bon. mat.,* VI, 60; *cost.* 4, *in fine; cost.* 8, § 4 e 5, *Cod. de bonis quæ liberis,* VI, 61): altrimenti il figlio, cessata la patria potestà, potrebbe rivendicare le cose illecitamente vendute dal padre: per le quali la prescrizione a suo carico non comincerebbe che dal momento in cui fosse divenuto *sui juris* (*cost.* 4, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61; *cost.* 1, § 2,

Cod. de annali except., VII, 40); il padre non può neppure senza consenso del figlio, stare in giudizio per una lite relativa al peculio medesimo (*cost.* 1, *Cod. de bonis matern.*, VI, 60; *cost.* 4, 6; *cost.* 8, § 3 e 4, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61). In questa amministrazione risponde della colpa; e dalle sue malversazioni il figlio è guarentito mediante un' ipoteca legale generale (*cost.* 1, § 1, *de bonis maternis*, VI, 60; *cost.*, 6, § 1, 2, 4, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61; e *cost.* 8, § 4, 5, *Cod. de secundis nuptiis*, V, 9).

§ 139. *Ordinariamente* è vero che il padre aveva sul peculio avventizio l' usufrutto e l' amministrazione, ma questa regola subiva alcune *eccezioni;* quindi la distinzione del peculio avventizio in *ordinario* o *regolare*, e *straordinario* od *irregolare.* Dicesi *straordinario* od *irregolare*, allorchè il padre non gode di quell'usufrutto, nè di quell'amministrazione, il che si verifica nei casi seguenti.

1° Se il figlio accetta contro la volontà del padre una eredità, o un legato lasciatigli (*cost.* 8 *pr.*, § 1, *Cod. eod.*, VI, 61).

2° Se al figlio fu donata o legata una qualche cosa sotto l'espressa condizione che il padre non abbia ad usufruirne (*Nov.* 117, cap. 1).

3° Se il figlio succede *ab intestato* insieme col padre, ad un suo fratello o sorella germani, nel qual caso il padre non acquista diritto alcuno sulla quota di eredità devoluta al figlio (*Nov.* 118, cap. 2).

4° Se il padre siasi condotto dolosamente nell' amministrazione di un fedecommesso, che deve restituire un giorno al figlio (fr. 50, *Dig. ad S. C. Trebell.,* XXXVI, 1.)

5° Se i genitori fanno divorzio senza motivo legittimo (*Nov.* 134, c. 11). Il figlio può disporre liberamente di questo peculio avventizio straordinario per atti *inter vivos;* ma non può testarne (*cost.* 11, *Cod. qui testam. fac. poss.,* VI, 22). Qualora il padre amministrasse malamente il peculio avventizio del figlio, perde l'amministrazione, ma non l' usufrutto (*cost.* 13, § 2, *Cod. de sentent. pass. et restit.,* IX, 51). Per la renunzia del padre all' usufrutto del peculio avventizio del figlio, non cessa il diritto paterno, conciossiachè fra padre e figlio non possano essere fatte valide donazioni, (fr. 56, § 1, *Dig. de fidej.,* XLVI, 1; fr. 1, *Dig. pro donato*, XLI, 6; *cost.*, 11, *Cod. de donat.,* VIII, 54).

§ 140. Per l'introduzione di queste tre ultime specie di peculi, non è più vero che il figlio acquista pel padre; di regola invece acquista per sè; acquista pel padre solamente quando agisce come suo rappresentante, o quando l'acquisto deriva *ex substantia patris* (*Inst.*, tit. II, 9, *per quas personas cuique acquiritur*, II, 9).

CAPITOLO III.

Estinzione della patria potestà.

(*Instit.*, lib. I, tit. 12, *quibus modis jus patriæ potestatis solvitur; Dig.* lib. I, tit. 7, *de adoptionibus et emancipationibus; Cod.*, lib. VIII, tit. 49, *de emancipatione liberorum.*)

§ 141. La patria potestà in diritto Romano, si estingue: *A*) necessariamente, *B*) volontariamente. Necessariamente in due maniere: *a*) per un avvenimento naturale, *b*) per disposto di legge.[1]

[1] La patria potestà pel Codice Civile italiano si estingue:

1° per morte naturale di ambedue i genitori; per la morte dell'uno viene esercitata dall'altro superstite (art. 220, capoverso 3);

2° per effetto di condanna penale di ambedue i genitori che faccia incorrere nella perdita della patria potestà (art. 241); incorso in tale perdita l'uno, passa nell'altro;

3° per l'età maggiore del figlio (art. 220, capoverso 1);

4° per la morte del figlio; essa non ha luogo sui figli del figlio, ossia sui nipoti, perchè risiede nei genitori, non negli avi (art. 220);

5° per dichiarazione di assenza di ambedue i genitori (art. 241); dichiarato assente l'uno, passa nell'altro;

6° per abuso della patria potestà (art. 233);

7° per emancipazione (art. 220 capoverso 1).

L'emancipazione pel Codice Civile italiano ora è un modo di proscioglimento della patria potestà ed insieme una parziale abilitazione del minore che ha compiuto i 18 anni (la quale ricorda la *venia ætatis* del diritto Romano), ora è soltanto questa parziale abilitazione.

È un modo di proscioglimento della patria potestà ed insieme una parziale abilitazione, quando deriva:

a) dal genitore che esercita la patria potestà;

b) dal matrimonio del figlio.

a) È notevole che il genitore *che esercita la patria potestà*, può da se solo (e così in pregiudizio dei diritti dell'altro) emancipare il figlio che ha compiuto i 18 anni (art. 311).

b) Il matrimonio del figlio opera *di diritto* la sua emancipazione, e così il proscioglimento della patria potestà (art. 310). Quindi l'avo non può avere patria potestà sul nipote.

L'emancipazione talora è soltanto, (l'abbiamo detto) una parziale abilitazione del minore che ha compiuto gli anni 18.

Questa specie di abilitazione può venire conceduta:

1° Dal genitore che eserciti la patria potestà, ed in mancanza dal consiglio di famiglia (art. 311) al minore *sui juris*.

2° Dal genitore, che ha la tutela legale sul figlio naturale, al figlio stesso (art. 312).

A) Necessariamente

a) *per un avvenimento naturale.*

§ 142. La morte naturale del padre o del figlio di famiglia estingue la patria potestà. Perchè la morte naturale del figlio estingua la patria potestà, è cosa che non abbisogna di spiega-

3° Dal consiglio di tutela del figlio naturale, al figlio stesso, se il genitore non ne ha la tutela (art. 312).

4° Dal consiglio di tutela, presieduto dal pretore, al fanciullo ammesso negli ospizi, che non ha parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore (art. 313).

L'emancipazione non può avere per *objetto* che un *minore*, il quale abbia compiuto *il 18° anno* (art. 311).

Semplice è la sua *forma*. Di vero essa si opera mediante dichiarazione fatta davanti al pretore dal genitore, o mediante deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela (art. 311, capoverso 1°).

Gli *effetti* dell'emancipazione sono di *abilitare*, fino ad un certo punto, l'emancipato, e di liberarlo dalla patria potestà.

L'emancipato per altro non è parificato al maggiore; anzi fino alla maggiorità va sottoposto ad un curatore (art. 314) e ad un consiglio di famiglia o di tutela.

L'emancipato acquista per l'emancipazione la facoltà di *fare da se solo* tutti gli *atti che non eccedono la semplice amministrazione* (art. 317). Per tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione, oltre il *consenso del curatore*, è necessaria *l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela* (art. 319). Le deliberazioni del consiglio di famiglia o di tutela, per le quali sieno autorizzati atti di *alienazione*, di *pegno* ed *ipoteca* de' beni dal minore emancipato, sono soggette all'*omologazione del tribunale* (art. 319, capoverso 1° e art. 301). — Per altro il minore emancipato può con la *semplice assistenza del curatore* riscuotere i capitali sotto condizione di idoneo impiego, e stare in giudizio sia come attore sia come convenuto (art. 318).

Il conto della precedente amministrazione è reso al minore emancipato, assistito dal suo curatore; e se è curatore quel medesimo che deve rendere il conto, il consiglio di famiglia o di tutela nomina un curatore speciale (art. 316).

Nel caso in cui il curatore rifiutasse di dare il suo consenso agli atti del minore emancipato, che ne abbisognano, il minore può fare reclamo al consiglio di famiglia o di tutela (art. 320).

Curatori del minore emancipato sono:

1° Il genitore emancipante, se l'emancipazione è fatta dal padre o dalla madre (art. 314, cap. 1).

2° Il padre, o in mancanza, la madre, se il minore *maschio* è emancipato per matrimonio (art. 315).

3° Il marito, od il curatore del marito, o il tutore del medesimo, se questi sia minore, inabilitato, o interdetto, per la *femmina* minore emancipata per matrimonio (art. 315, capoverso 2).

4° Il padre o la madre per la *femmina* minore emancipata per matrimonio, e rimasta vedova o separata di corpo o di beni dal marito (art. 315, capoverso 3°).

5° La persona nominata dal consiglio di famiglia o di tutela, quando l'emancipazione derivi da esso (art. 314) o quando derivi da matrimonio di minore maschio, che non abbia genitori viventi (art. 315, capoverso 1°) o da matrimonio di minore femmina, che non abbia genitori viventi, e sia rimasta vedova, o sia separata di corpo o di beni dal marito (art. 315, capoverso 3°).

L'emancipazione può essere *revocata* dal consiglio di famiglia o di tutela, quando gli atti dell'emancipato lo dimostrino incapace di amministrare (art. 321).

Ma se l'emancipazione derivò dal genitore che esercitava la patria pote-

zione: il figlio morendo sfugge al potere del padre. È del pari evidente che la morte del *paterfamilias* estingue, insieme con qualunque altro suo diritto personale, eziandio la sua patria potestà. Ma non per questo la persona a quella sottoposta diviene sempre *sui juris* in conseguenza della di lui morte; lo diviene se era sottoposta immediatamente (*suus*) alla potestà del defunto, ma se fra il defunto e costei esisteva un ascendente di mezzo, il quale per la morte del *paterfamilias* è divenuto *sui juris*, essa ricade sotto la potestà di quest' ultimo. (*Instit. pr., quib. mod. patr. pot.*, I, 12; fr. 5, *Dig. de his qui sui,* I, 6). Questo modo di estinzione della patria potestà non cagiona *capitis diminutio,* in chi rimane prosciolto dalla medesima

b) *per disposto di legge.*

§ 143. Per questa ragione si estingue la patria potestà, talvolta senza *capitis diminutio*, tal altra volta con *capitis diminutio* del figlio.

1° Senza *capitis diminutio* del figlio:

a) se il paterfamilias subisce la *morte civile*, ossia perde la *libertà e la cittadinanza;* se non che qualora la libertà fosse stata perduta dal paterfamilias *ex captivitate,* la sua patria potestà poteva rivivere *jure postliminii,* e rivivendo aveva un effetto retroattivo (Gajo, I, 129; Paolo, II, 25, 1; fr. 7, § 1, e fr. 8, *de tut. et rat. distrah. act.*, XXVII, 3; fr. 12, § 6, *Dig. de captivis,* XLIX, 15). La *minima capitis diminutio* del *paterfamilias* estingueva la sua patria potestà, ma non faceva divenire *sui juris* i figli, perocchè essi passavano col padre loro sotto la potestà della persona cui il padre stesso si sottoponeva; subivano, in una parola, un mutamento di patria potestà, ma non godevano di un proscioglimento dalla medesima.

b) Per dignità del figlio. Nel diritto Antico, le dignità di flamine diale e di vergine vestale erano le sole che estinguessero la patria potestà; si riteneva che il rivestire tali dignità sacerdo-

stà, e questi sia vivente, il consiglio non può deliberare di revocare l' emancipazione senza la domanda di tal genitore (art. 321, capoverso 1).

Dal *giorno della revoca* dell' emancipazione, il minore rientra sotto la patria potestà, o nello stato di tutela, e vi rimane fino al compimento della maggiore età (art. 321, capoverso 2°).

La nullità degli atti fatti in contravvenzione alle disposizioni fin qui ricordate concernenti l' interesse del minore, non può essere opposta che dal minore o da' suoi aventi causa (art. 322).

tali facesse cessare qualsivoglia umana potestà paterna, e che gli Dei avessero soli potestà su questi loro ministri. (GAJO, I, 130; III, 114; ULP., X, 5). Siffatte eccezioni sparirono col paganesimo, ma invece ne sursero altre; ed a tempi di Giustiniano la dignità di patrizio, di console, di vescovo, ed in generale tutte quelle dignità che valevano ad esonerare dalle obbligazioni della curia, sciogIievano dalla patria potestà (*Instit.*, § 4, *quib. mod. patr. pot.*, I, 12; *cost.* 66, *de decurionib.*, X, 31; *cost.* 5, *cod. de consul.*, XII, 3, *Nov.* 81). Queste più recenti dignità, in ugual maniera di quelle più antiche, mentre liberavano dalla patria potestà chi le rivestiva, non cancellavano il carattere di *agnato;* non facevano, dunque, uscire dalla famiglia civile, nè facevano perdere il peculio profettizio.

c) Si estingueva la patria potestà in pena di un delitto, come se il padre avesse esposto od abbandonato i suoi figli, se avesse prostituito la figlia, se avesse contratte seconde nozze incestuose (*cost.* 2, *Cod. de infant. exposit.*, VIII, 52; *cost.* 12, *de episcop. audient.*, I, 4; *cost.* 6, *Cod. de spectacul.*, XI, 40; *Nov.* 12, c. 2).

§ 144. L'estinzione della patria potestà si verificava:

2° con *capitis diminutio* del figlio:

a) se egli subiva la *morte civile,* vale a dire se perdeva la libertà e la cittadinanza: salvi anche in questi casi gli effetti del diritto di *postliminio,* fra i quali vi era il ritorno sotto la patria potestà.

b) se il figlio veniva sottoposto ad un'altra potestà, perocchè ogni potestà fosse esclusiva

B) VOLONTARIAMENTE.

Si scioglie la patria potestà, mediante la:

Emancipazione.

§ 145. L'emancipazione è: ***un atto solenne pel quale il paterfamilias si dimette dalla patria potestà, che ha sul figlio o nipote, e lo rende indipendente.*** Tre forme di emancipazione si sono conosciute in diritto Romano: *a*) la legittima o vecchia, *b*) l'anastasiana, *c*) la giustinianea.

a) La *legittima* si eseguiva con una *mancipatio*, o con tre *mancipationes* (secondo che si trattava di una figlia o di un nipote, oppure di un figlio maschio) e di più con una *manumissio vindicta* (GAJO, I, 132, 140; ULP., X, 1 e XI, 5; PAOLO, II, 25, 2; *Inst.*,

§ 6, *quib. mod. patr. pot.*, I, 12). La *mancipatio* o le tre *mancipationes* erano necessarie per estinguere la patria potestà, ma estinta la medesima, il figlio cadeva in mancipio del compratore; questi allora doveva manometterlo *vindicta*, con i modi altrove descritti. Per cotale manomissione, il manomittente acquistava i diritti del patronato sul manomesso. Appunto per questo, il padre che era desideroso di acquistare per sè quei diritti, conveniva colla persona cui mancipava il figlio, che dopo la terza mancipazione glielo avrebbe remancipato, perchè avutolo in mancipio, potesse manometterlo, e divenirne così tutore ed erede presuntivo. Questa convenzione del padre col compratore del figlio; si aggiungeva all'atto della *mancipatio*, che si diceva allora fatta *sub fiducia*, o *contracta fiducia*. Siffatta maniera d'emancipazione andò in disuso con l'antico formalismo, proprio della prisca legislazione; l'Imperatore Anastasio ne introdusse una nuova che fu detta:

b) *emancipazione Anastasiana*. Il padre faceva in iscritto una supplica all'Imperatore affinchè emancipasse il figlio; l'Imperatore con un rescritto lo emancipava, e questo rescritto era inserito nei pubblici archivi dal magistrato (*Inst.*, § 6, *quib. mod. patr. pot.*, I, 12; *cost.* 5, *Cod. de emanc.*, VIII, 49). Tale forma di emancipazione era incomoda, specialmente per quelli che vivevano lungi dalla sede imperiale. Giustiniano ne stabilì una più facile e più semplice, chiamata:

c) *Emancipazione Giustinianea*. A compierla bastò una dichiarazione dinanzi al magistrato fatta dal padre, annuente il figlio. Il magistrato prendeva atto della dichiarazione paterna (*cost.* 6, *Cod. de emancip.*, VIII, 49).

§ 146. L'emancipazione esige oltre il consenso del padre, eziandio quello del figlio, il quale consenso può anche non essere espresso: basta tacito (*cost.*, 6, *Cod. de patr. pot.*, VIII, 47; *cost.* 5, *Cod. de emancip.*, VIII, 49; *Nov.* 89, cap. 11). Negli infanti (che i Romani ritenevano potersi emancipare) quel consenso si presume (*cost.* 5, *Cod. de emancip.*, VIII, 49; *Nov.* 89, cap. 11). In generale il padre non può essere costretto ad emancipare il figlio; per eccezione vi è costretto per sentenza del giudice, quando:

a) lo sottopone a delle sevizie;

b) quando accetta un legato lasciatogli sotto la condizione espressa di emancipare il figlio (fr. 5, *Dig. si a parente quis manum.*, XXXVII, 12; fr. 92, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1).

c) L'impubere arrogato, giunto alla pubertà, può, come di-

cemmo, ottenere la sua emancipazione, dimostrato che l'arrogazione gli riuscì svantaggiosa (fr. 32 e 33; *Dig. h. t.*, I, 7). Il figlio, ammenochè non sia *adottivo* (fr. 132 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *cost.* 9 e 10, *Cod. de adopt.*, VIII, 48), non può essere contro sua voglia emancipato. I pratici per altro, ritenevano, che per quelle cause per le quali il padre poteva diseredare il figlio, lo potesse anche emancipare.

§ 147. È prezzo dell'opera dichiarare adesso gli *effetti* dell'emancipazione.

a) Il figlio diviene *sui juris*, ma esce dalla sua famiglia, e vi perde la qualità di agnato. Quando i diritti di successione e di tutela erano fondati sull'agnazione, l'emancipazione non tornava sempre vantaggiosa al figlio (Gajo, I, 162, 163; *Inst.*, § 3, *de capit. dimin.*, I, 16; fr. 3, § 1, *Dig. de capit. min.*, IV, 5.). Nell'emancipazione Anastasiana, l'imperatore soleva col rescritto riserbare incolumi ed inalterati all'emancipato i suoi diritti di agnazione.

b) Il figlio per l'emancipazione subisce una *minima capitis diminutio,* perocchè sebbene in ultima analisi egli migliori di condizione col divenire *sui juris,* pur tuttavia a conseguire questo risultamento, in antico doveva passare pel *mancipium*.

c) Il peculio profettizio, se non è stato espressamente tolto al figlio, diviene sua proprietà (fr. 31, § 2, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5).

d) Qual *præmium emancipationis,* il padre ebbe da Costantino il diritto di ritenere in proprietà la terza parte del peculio avventizio del figlio (*cost.* 1 e 2, *Cod. Theod. de matern. bon.*, VIII, 18), ma questo sembrando troppo, Giustiniano volle che il padre emancipante conservasse invece metà dell'usufrutto di quel peculio (*cost.* 6, § 3, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61; *Instit.*, § 2 *per quas personas,* II, 9).

e) Per l'emancipazione, in gius Antico, il padre acquistava i diritti di patronato sul figlio; in gius Nuovo, fra questi rimane importante soltanto quello di essere tutore del figlio emancipato (Gajo, I, 140; Ulp., XI, 5; *Inst.*, § 6, *h. t.*, I, 12; § 8, *de legit. agnat. succes.*, III, 2; *Dig. Tit. si a parente quis*, XXXVII, 12). L'emancipazione per regola è irrevocabile; la sola eccezione a questo principio si verifica nel caso che il figlio si facesse colpevole di bistrattamenti verso chi lo emancipò (*cost. un.*, *Cod. de ingratis liberis,* VIII, 50). La semplice espulsione dei figli (*abdicatio*) non produce alcun effetto giuridico (*cost.* 5, *Cod. de patr. pot.*, VIII, 47.)

PARTE III.

Della Manus.

(Gajo, I, 108, 115; Ulp., IX.)

§ 148. Dopo la *potestas*, la *manus*. Fu detto altra volta che il vocabolo *manus* significò primitivamente qualunque potere di una persona *sui juris* sopra un' altra persona da quella prima dipendente, o sopra una cosa (come nelle voci *mancipium, mancipatio, mancipare, emancipare, emancipatio, manumittere, manumissio* e simili), e poi fu adoperata ad esprimere la potestà del marito sulla moglie, cui era congiunto per legittimo matrimonio, *justæ nuptiæ*. Laonde la teorica della *manus* è intimamente connessa a quella del matrimonio; di qui il bisogno di dire subito una parola del matrimonio, istituzione che nelle società e nelle legislazioni odierne è ritenuta qual base e fondamento della famiglia, ma che i giureconsulti romani consideravano piuttosto come un mezzo di acquistare la patria potestà (vedi *Inst. Imp.*, lib. I, tit. 9, *de patria potestate,* § 1).

CAPITOLO I.

DEL MATRIMONIO IN GENERALE E SUE SPECIE.

(*Instit.*, lib. I, tit. 10, *de nuptiis; Dig.*, lib. XXIII, tit. 2, *de ritu nuptiarum; Cod.*, lib. V, tit. 4, *de nuptiis.*)

§ 149. Il matrimonio (*nuptiæ, matrimonium*) è definito nelle Istituzioni imperiali quale: *viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens,* (*Instit.*, § 1, *de patr. pot.,* I, 9), e nelle Pandette, con le parole di Modestino, *conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (fr. 1, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2). Dalle quali definizioni si raccoglie, che nell' epoca classica del diritto Romano, i giureconsulti avevano un concetto del matrimonio di altissima moralità; cosa sorprendente, avuto riguardo ai loro tempi. E di vero, sebbene facessero derivare quest' unione sessuale da un

istinto naturale (*quod natura omnia animalia docuit,* fr. 1, § 3, *Dig. de just. et jure*, I, 1) addimostrano evidentemente, che essi consideravano la personalità umana come imperfetta senza quel congiungimento, pel quale i due coniugi divengono quasi una sola persona, due in una carne sola; di qui il divieto della poligamia e della poliandria (*conjunctio maris et fœminæ; viri ac mulieris conjunctio*): di qui l'obbligo di un' esistenza sociale indivisibile (*consortium omnis vitæ; individuam vitæ consuetudinem continens*); di qui la comunicazione fra i coniugi dei loro diritti; e di qui comunanza di doveri anche religiosi e di diritti (*divini et humani juris communicatio*). I Romani, nell' epoca classica del diritto, intesero bene che il matrimonio non è una creazione della legge, non un' istituzione puramente civile, ma una relazione religiosa, morale e naturale, anteriore alle leggi civili; che le leggi civili non possono agire sul sentimento coniugale (prima condizione del matrimonio), che non possono tradurre in obbligazioni giuridiche tutti i doveri morali da esso derivanti: ma che le leggi civili, guardandosi dal contradire ai principii di un ordine più elevato, quali sono quelli che informano questa unione, possono determinare alcuni effetti giuridici della medesima, per riguardo come alla persona, così ai beni dei coniugi; sotto il qual punto di vista soltanto il matrimonio è un' istituzione giuridica. Tutto questo sia detto pel matrimonio, nel III periodo del diritto Romano; ma nella primitiva legislazione romana, non in ugual modo procedeva la cosa. La moglie era allora più presto che una compagna e la metà del marito, una sua figlia, sulla quale aveva i medesimi diritti effrenati che in quest' epoca i padri avevano sui figli; diritti che si compendiavano nella formula imperiosa *manus;* e la *manus* era allora a nostro credere, una conseguenza costante dal matrimonio.

§ 150. Le due voci *nuptiæ* e *matrimonium,* comunque adoperate indifferentemente e quasi sinonimi nelle nostre Fonti, tuttavia differivano: perocchè *matrimonium* indicasse la convenzione fra le parti, e *nuptiæ* le cerimonie che accompagnavano il matrimonio; *nuptiæ* è parola derivante da *nubere*, velarsi, la sposa procedendo velata al rito solenne.

§ 151. Più volte abbiamo avuto occasione di accennare la distinzione, che nei primi tempi i Romani facevano fra *justæ nuptiæ* e *nuptiæ:* giova nulladimeno ricordare qui, che quelle prime

erano un matrimonio contratto a norma dell'*jus civile,* queste seconde a norma dell'*jus gentium;* che quelle prime, meno concessione o meglio dispensa speciale (GAJO, I, 56; ULP., V, 4, 8, 9), non potevano essere contratte se non che fra cittadini, non fra cittadini e peregrini, nè fra peregrini e peregrini; perocchè fra i soli *cives* esistesse il *connubium,* ossia, per dirlo con le parole di Ulpiano: l'*uxoris jure ducendæ facultas* (V, 3); e prima della *lex Canuleja,* non potevano venir contratte neppure fra patrizi e plebei, volendosi dai patrizi rispettato l'antico divieto di congiungersi con popoli di razza diversa. Dalle *justæ nuptiæ* nascevano *patria potestà* romana, e romana *agnazione,* non così dalle *nuptiæ:* ma dalle une e dalle altre derivavano *paternità* e *cognazione,* e per ambedue valeva l'assioma: *pater est quem nuptiæ demonstrant.* È nostra opinione, che in origine in Roma non si conoscessero se non che *justæ nuptiæ,* e che le medesime dovessero essere necessariamente contratte in uno di questi tre modi: *confarreatione, coemtione, usu.*

1° La *confarreatio* consisteva, per quel che sembra, in una cerimonia religiosa in cui gli sposi, alla presenza dei pontefici e di 10 testimoni (che probabilmente rappresentavano le 10 *gentes* della curia, ovvero le 10 *curiæ* della tribù), seduti sopra la pelle di un bove sacrificato alla loro presenza, mangiavano insieme una focaccia di farro (*farreus panis*), onde il nome di *confarreatio,* e pronunziavano certe formule solenni e sacramentali. Questa era una specie di *arrogatio,* conciossiachè avvenisse *publica auctoritate,* e specialmente *apud pontifices* (GAJO, I, 112). La *confarreatio* era propria dei soli patrizi, ed i figli nati da un matrimonio così contratto, soli avevano il diritto di aspirare alle più elevate dignità sacerdotali. Ma l'uso della *confarreatio* in seguito di tempo andò insensibilmente diradando, ed ai tempi di Gajo era adoperata unicamente nel matrimonio dei pontefici, e si faceva *ad sacra tantum,* vale a dire all'esclusivo effetto di abilitare al sacerdozio i figli (*patrimi et matrimi*) di genitori *confarreati.*

2° La *coemtio* era una vendita solenne, che dal padre o dal tutore si faceva della donna al marito, mediante la *mancipatio,* ossia *per æs et libram,* alla presenza di cinque cittadini romani (rappresentanti le 5 classi del popolo romano, e però *publica auctoritate*); e di un libripende (GAJO, I, 113). Sembra che questa forma di matrimonio fosse propria dei plebei, e probabilmente fu

una loro conquista, mercè la quale ebbero facoltà di contrarre *justæ nuptiæ*, alla pari dei patrizi.

3° L'*usus* consisteva nel possesso continuato della donna per un anno, possesso cominciato con la *maritalis affectio*, o con l'*animus matrimonii*; e mediante cotal possesso, accompagnato dalle accennate condizioni, la donna diveniva moglie, cadeva nella *manus* del marito, come vi cadeva, ma subito, mediante la *confarreatio* e la *coemtio*. In questo caso dell'*usus*, la tacita annuenza dello Stato, protratta per un anno, equivaleva all'esplicito consenso, che si verificava nella confarreazione e nella coenzione. Ma l'assenza della donna dalla casa del futuro marito per tre notti consecutive (*trinoctium usurpatio*), per disposto della legge delle XII tavole, interrompeva il possesso, ed impediva che si acquistasse la *manus* (GAJO, I, 111). A nostro credere, lo ripetiamo, nel più antico diritto le *justæ nuptiæ* senza queste tre forme non potevano essere contratte; e conseguenza delle *justæ nuptiæ* era sempre per la donna la *conventio in manum*; è infatti naturale che un matrimonio legittimo (*justæ nuptiæ*) dovesse sempre produrre la subiezione della moglie al marito, e che nel pristino organismo della famiglia romana, vero governo dispotico e monarchico, il marito fosse padrone anche della moglie che entrava a far parte della sua famiglia, e lo fosse sempre. In seguito senza dubbio, le *justæ nuptiæ* non produssero sempre la *manus*, e fu allora fissata la regola, che a produrla fosse necessaria una manifestazione della volontà delle parti contraenti: e noi pensiamo che si intendesse voluta la *in manum conventio* della donna, quando fossero state adoperate le antiche forme della confarreazione e della coenzione, mentre si riputasse non voluta, in mancanza di quelle. Laonde coesisterono lungamente dei matrimoni legittimi (*justæ nuptiæ*) con la *in manum conventio*, e dei *liberi* matrimoni, vale a dire senza quella *conventio*.

§ 152. Nei primi tempi di Roma, lo sappiamo, la *manus* non era molto diversa dalla *potestas*; la donna era quasi una proprietà del marito, se non che più presto che per i figli, fu vietato al *paterfamilias* di manciparla, e di farne abbandono *noxale*. Poteva il marito punirla eziandio con la morte, ottenuto il consenso di un consiglio, composto dei più prossimi agnati. La moglie era in potestà del marito (*viri*), come in potestà del padre era il figlio; come questo essa era persona *alieni juris*; anzi si diceva che era

filiæ o *neptis loco* (GAJO, I, 136; II, 139, 159; III, 3; ULP., XXII, 14; XXIII, 3; XXIX, 1). Come agnata dei propri figli e del marito, poteva succedere per disposto di legge al marito, qual figlia di lui, e qual sorella ai figli (GAJO, II, 139, 159; III, 14, 24, 82, 84; IV, 38; ULP., XXII, 14). Ciò nonostante in dignità aveva il primo posto nella famiglia dopo il marito; chiamavasi *uxor*, ed anche *materfamilias*, qualora il suo marito (*vir*) fosse stato *paterfamilias*; che se egli fosse stato invece *alieni juris*, era sottoposta alla potestà della persona dalla quale esso dipendeva. In conseguenza della *in manum conventio*, insieme con la persona, anche i beni della moglie passavano in potere del marito, mediante una *successio per universitatem*, e quanto essa acquistava l'acquistava per lui (GAJO, II, 86, 90, 96; III, 82, 84). Essendo la donna capace alle obbligazioni, chi aveva la *manus* sopra di lei, aveva l'ozione o di difenderla dalle conseguenze di quelle, ed in tal caso egli rimaneva obbligato alla pari di lei, ed insieme con lei verso i creditori: o di lasciare che i medesimi si facessero immettere nel possesso dei beni, che sarebbero appartenuti alla moglie, se la *manus* non fosse esistita, *missio in bona* (vedi GAJO, IV, 80). Estinguevasi la *manus* con la morte, con la *magna capitis diminutio*, mediante la *diffarreatio* se il matrimonio era stato contratto *confarreatione*, con la *emancipatio* se era stato contratto *cœmtione*, o se il marito aveva acquistato la *manus* con l'*usus* (*arg. dal* § 137, *Com.* I, di GAJO). La *minima capitis diminutio del marito* non doveva far cessare la *manus*, perocchè se il marito fosse divenuto *alieni juris*, la moglie sarebbe caduta nella potestà della persona dalla quale egli cominciava a dipendere. Del resto, poche notizie e mal sicure abbiamo sull'estinzione della *manus*, perocchè il manoscritto delle Istituzioni di Gajo nel punto relativo a quest'argomento, fosse così profondamente alterato da riuscire indecifrabile. Nel II periodo, le donne talora si sottoposero alla *manus*, non già del marito, sibbene di un estraneo, con lo scopo di subire una *minima capitis diminutio*, qual conseguenza dell'emancipazione; esse si facevano *mancipare*, ossia vendere *per æs et libram* ad un *cœmtionator*, col patto che questo compratore, avutele in mancipio, le emancipasse; lochè dicevasi *cœmptionem facere fiduciæ causa* (GAJO, I, 114 e 115). In questa guisa si liberavano dalla perpetua tutela degli agnati, acquistavano la facoltà di testare, e si sottraevano

all'onere dei *sacra privata;* ma per cotale *cœmptio fiduciæ causa,* la donna cadeva solo transitoriamente nel potere del compratore, e non acquistava la qualità di sua figlia.

§ 153. Allorquando a lato dei matrimoni contratti con la *in manum conventio* ne esisterono altri senza quella, ossia *liberi matrimoni,* la donna che aveva contratto uno di questi ultimi, rimaneva indipendente dal marito nella persona e negli averi; continuava ad essere sottoposta alla *patria potestas* del padre suo, se tale era prima del matrimonio: il padre aveva facoltà perfino di richiamarla alla casa ed alla famiglia di lui. In seguito, fu permesso al marito di intentare un'azione, per reclamare la moglie da chiunque gliela ritenesse, fosse pure il padre di costei (fr. 1, § 5; fr. 2, *Dig. de lib. exhib.*, XLIII, 30; *cost.* 11, *Cod. de nuptiis,* V, 4; *cost.* 5, *Cod. de repudiis*, V, 17); la moglie più che altro divenne compagna del marito, e per sostenere gli oneri del matrimonio, gli portò una *dote.* Le sue relazioni col marito furono più presto regolate dalla morale, che dalla legge, se si eccettuano certe disposizioni speciali, che fra breve esporremo. Nell'ultimo scorcio del II periodo, più frequenti furono i matrimoni liberi, di quelli contratti con la *in manum conventio:* di rado questi ultimi occorrono nel III periodo; in questo periodo terzo, il consenso bastò alle nozze legittime. Divenuti cittadini tutti i sudditi dell'impero romano, sparì la distinzione fra *nuptiæ* e *justæ nuptiæ. Justæ nuptiæ* si dissero allora le nozze fatte in conformità della legge, ma a queste non si contrapposero più le *nuptiæ,* non ci furono più, insomma, nozze secondo il diritto civile e nozze secondo il diritto delle genti, nozze dei peregrini, e nozze dei cittadini, ma invece nozze fatte regolarmente e legittime (*justæ*), oppure unione sessuale che non era matrimonio. Dal matrimonio, invece della *manus* nacquero molto più temperati diritti e corrispondenti doveri, così di fronte alla persona, come per rispetto ai beni dei coniugi. Della *manus* nelle Istituzioni Giustinianee non si fa neppure menzione.

CAPITOLO II.

REQUISITI DEL MATRIMONIO.

§ 154. Nel diritto Giustinianeo, in cui tutti gli uomini liberi, abitanti dell'impero sono cittadini, estremi del matrimonio *giuri-*

dicamente valido (*justæ nuptiæ*, nel senso delle nuove leggi) sono: 1°) il consenso, 2°) la capacità di generare, 3°) l'assenza di ogni giuridico impedimento.

I. Consenso.

§ 155. Un atto tanto importante per la vita, quale è il matrimonio, richiede come primo requisito, il consenso. Le persone che vogliono contrarre matrimonio, debbono essere *capaci* di consentire, e debbono prestare un consenso *serio* e non simulato (fr. 14, *Dig. de spons.*, XXIII, 1; fr. 30, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2).[1] Se sono *alieni juris*, hanno bisogno del consenso della persona nella cui potestà si trovano; e se questa persona è l'avo, non basta il suo consenso, ma è necessario anche quello del padre, qualora per la morte dell'avo potessero cadere in sua potestà: questo suo consenso si addimanda, perchè egli non si trovi a vedere aumentata la sua famiglia futura di nuove persone, e non abbia a suo malgrado degli eredi (*ne ei invito, suus heres agnascatur. Instit.*, § 7, *de adopt.*, I, 11); I figli della donna che si marita, entrando nella famiglia del padre loro, e non in quella cui la madre apparteneva, al matrimonio della figlia basta il consenso dell'avo che ha su di lei potestà; non si esige inoltre quello del padre suo, che dall'avo dipende; infatti non è possibile che pel matrimonio della figlia, il padre vegga aumentarsi la sua famiglia, che a suo malgrado abbia degli eredi. Il consenso del *paterfamilias* alle nozze delle persone che da lui dipendono, si richiede in conseguenza della *patria potestas;* la donna non godendone, il consenso della madre e dell'ava non si addimanda per le nozze dei figli o nipoti.[2] Il figlio *dato in adozione piena* ed il

[1] Eziandio pel Codice Civile itatiano (ivi): « Non possono contrarre ma» trimonio gli interdetti per infermità di mente.

» Se l'istanza di interdizione è soltanto promossa, si sospenderà la cele» brazione del matrimonio finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitiva» mente pronunziato (art. 61). » Sulle formalità necessarie al matrimonio pel Codice nostro, vedi le note successive e specialmente l'Appendice I in calce a questo I volume. Sulle pene della celebrazione del matrimonio vedi l'Appendice II, § 1 e l'Appendice I, § 2 relativo agli atti dello stato civile.

[2] Pel Codice Civile italiano, invece:

Il figlio che non ha compiuto gli anni 25, la figlia che non ha compiuto gli anni 21, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre, e della madre. – Se i genitori sono discordi, è sufficiente il consenso del padre.

Se uno dei genitori è morto, o nell'impossibilità di manifestare la propria volontà, basta il consenso dell'altro.

Al matrimonio del figlio adottivo che non ha compiuto gli anni 21, è ne-

figlio *emancipato*, non abbisognano del consenso del loro padre naturale per contrarre matrimonio, perchè sono indipendenti da lui; il figlio adottivo abbisogna per altro del consenso di suo padre di adozione. Valente e Valentiniano, e poi Onorio e Teodosio vollero che la figlia minore di 25 anni, *sebbene prosciolta dalla patria potestà*, ottenesse il consenso del padre per maritarsi, e se questi fosse morto, della madre e dei suoi più prossimi congiunti (*cost.* 18 e 20, *Cod. de nuptiis*, V, 4). Fu questa una deroga agli antichi principii, e fu per queste costituzioni introdotto un nuovo motivo per ottenere il consenso degli ascendenti, vale a dire, il rispetto verso i medesimi, motivo che anima le disposizioni analoghe dei codici moderni. Mentre il consenso del *paterfamilias* è richiesto per le nozze delle persone che dipendono da lui, egli non può per regola imporre a queste persone di coniugarsi; tuttavia sembra che il padre potesse obbligare la figlia a sposare l'uomo, che egli le avesse scelto, quando non fosse stato un uomo di condotta riprovevole (fr. 7, § 1, e fr. 11 e 13, *Dig. de spons.*, XXIII, 1, *cost.* 20, *Cod. de nuptiis*). Il consenso del *paterfamilias* alle nozze delle persone che da lui dipendono, può essere così espresso come tacito (*cost.* 2 e 5, *Cod. de nuptiis*, V, 4). Se quel consenso è ingiustamente negato, o se non può essere prestato per assenza, o prigionia, protratte durante tre anni, o per demenza, il magistrato lo supplisce colla propria autorizzazione (fr. 9, § 1, fr. 10, 11, 19, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 28, *Cod. de episcop. aud.*, I, 4; *cost.* 25, *Cod de nuptiis*, V, 4). Era questione se i figli del demente potessero contrarre nozze, attesa

cessario, oltre il consenso dei genitori, il consenso dell'adottante (art. 36).

Se il padre e la madre fossero morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, i minori degli anni 21 non possono contrarre matrimonio senza il consenso degli avi e delle avole; se l'avo e l'avola della medesima linea sono discordi, basta il consenso dell'avo.

Il disparere tra le due linee equivale a consenso (art. 64).

Se non esistono genitori nè adottante, nè avi nè avole, o se niuno di essi è nella possibilità di manifestare la propria volontà, i minori degli anni 21 non possono contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia (art. 65).

La disposizione dell'articolo 65 è applicabile ai figli naturali legalmente riconosciuti. In mancanza di genitori viventi e di adottante capace di consentire, il consenso sarà dato dal consiglio di tutela.

A questo consiglio spetterà pure di dare il consenso pel matrimonio dei figli naturali non riconosciuti, in mancanza di genitori adottivi (art. 66).

Contro il rifiuto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, il figlio maggiore di età può far richiamo alla corte di appello.

Nell'interesse della figlia e del figlio minore di età, può farsi richiamo sia dai parenti o dagli affini, sia dal pubblico Ministero (art. 67).

l'impossibilità del padre loro a consentire alle medesime. Per le figlie, una decisione di Marco Aurelio ben presto troncò la questione, dando facoltà ai giudici di autorizzarle a quel matrimonio; non fece così pei figli maschi, per i quali il consenso del padre pareva più necessario, *ne ei invito suus heres agnascatur;* ma Giustiniano decise che essi pure potessero contrarre matrimonio, purchè lo contraessero alla presenza del curatore e dei congiunti più prossimi del padre, ottenuto il permesso del prefetto alla città in Costantinopoli, del governatore o del vescovo nelle provincie. La mancanza del consenso del *paterfamilias* rende nullo il matrimonio del figlio di famiglia (fr. 11, *Dig. de statu hom.*, I, 5; fr. 2 e 15, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 7, *Cod. de nuptiis,* V, 4); una ratifica posteriore ha effetto pel futuro, ma non retroagisce (*Instit. pr. de Nuptiis*, I, 10; fr. 13, § 6 *in fin. Dig. ad legem Juliam de adult.*, XLVIII, 5).

§ 156. Il consenso bastava alle nozze: *Nuptias, non concubitus, sed consensus facit* (fr. 30, *Dig, de regulis juris,* L, 17; fr. 11, *Dig. de spons.,* XXIII, 1; fr. 2, 16, 21, 22, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.*, 22, *Cod. de nuptiis,* V, 4). La celebrazione del matrimonio era, a vero dire, accompagnata da alcune solennità. Così il marito dichiarava che prendeva moglie per aver figli; *liberorum quærendorum causa,* come dice Plauto, (*Aulularia*), e come dimostrano Gajo ed Ulpiano (GAJO, I, 29; ULP., III, 3); la sposa era condotta con grande corteggio di fiaccole alla casa del marito, procedendo essa velata e seguìta dai suoi arredi e dagli arnesi necessari ai muliebri lavori, come la rocca ed il fuso, simboli degli uffici cui era destinata; giunta all'abitazione maritale, che trovava addobbata a festa, ed ammajata con fiori e verdi fronde, le donne pronube prendendo la sposa di soppeso, le facevano varcare la soglia della porta senza che la toccasse, ed allora lo sposo le consegnava le chiavi, simbolo della padronanza sulle cose domestiche, e le presentava l'acqua ed il fuoco. Ma tutte queste forme graziose ed allegoriche, che accompagnavano la *in domum deductio* della sposa, descritteci dai poeti ed anche dai giureconsulti (vedi *Giovenale*, *Lucano* ecc. e *Scevola* nel § 1, fr. 66, *Dig. de donat. inter vir. et ux.*), non erano essenziali all'esistenza del matrimonio, tanto è vero che potevasi celebrare la *in domum deductio*, anche nell'assenza del marito (PAOLO, II, 19, 8), quando egli avesse incaricato qualcheduno di rappre-

sentarlo; come oggi non lo sono il velo ed i fiori che adornano la sposa, e le feste che si celebrano in suo onore. Tutto al più potevano giovare per constatare l'epoca, in cui ebbe principio il matrimonio. Fu per avventura con quest'intendimento, che talvolta si stipulava un atto valevole a constatare le nozze (*nuptiales tabulæ*) od a fissare le convenzioni relative alla dote (*instrumentum dotale*); quest'atto escludeva qualunque dubbio sulla indole dell' unione contratta fra l' uomo e la donna, sebbene per regola bastasse la coabitazione con donna ingenua e di buoni costumi, perchè si presumesse il matrimonio, ammeno di una formale dichiarazione in contrario (fr. 4, *Dig. de concubinis*, XXV, 7; fr. 24, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2). Giustiniano, con lo scopo di togliere le dubbiezze intorno all'indole di alcune unioni sessuali, ordinò che le persone del ceto più elevato (*in majoribus dignitatibus constitutis usque ad personas illustres*), e quelle che volessero trasformare la loro illegittima unione in matrimonio, per legittimare la prole avuta e la futura, redigessero dei patti nuziali in iscritto; e che quelle di inferiore condizione, emettessero una dichiarazione o denunzia davanti al *defensor Ecclesiæ* della loro dimora, e ne facessero prendere atto in un protocollo, con l'intervento dei sacerdoti (*Nov.* 74, c. 4; *Nov.* 127, *cost.* 5 e 11, *Cod. de nat. lib.*, V, 27). Le persone *humiliores* poterono per altro, sempre (come prima gli altri tutti) coniugarsi senza redigere atti, l'omissione dei quali, a vero dire, non portava la nullità del matrimonio per alcuno (*cit. Nov.* e *Nov.* 22, cap. 3; fr. 4, in f. *Dig. de pignor*, XX, 1; fr. 31 *pr.*, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5; *cost.* 9, 23, *Cod. de nuptiis*, V, 4).[1]

[1] Il Codice Civile italiano stabilisce con esattezza le forme del matrimonio; di queste forme alcune sono *preliminari* al matrimonio (art. 70-81, altre ne *accompagnano la celebrazione* (art. 93-99). 1° Le forme *preliminari* consistono nel far precedere la celebrazione del matrimonio da due pubblicazioni da farsi per cura dell' uffiziale dello stato civile nel comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza, in *due* domeniche successive, alla porta della casa comunale. Fra l' una e l' altra pubblicazione e ne' tre giorni successivi, l' atto di pubblicazione rimane affisso alla porta della casa comunale medesima. – Esso indica il nome cognome, professione, luogo di nascita e di residenza degli sposi e dei loro genitori, e dichiara se gli sposi sieno maggiori o minori di età (art. 70, 71, 72).

Il matrimonio non può essere celebrato prima del 4° giorno dall' ultima pubblicazione, nè dopo 180 giorni alla medesima successivi (art. 76, 77).

Da una di queste pubblicazioni può dispensare per gravi motivi il re, e le autorità a ciò delegate. – Può anche essere concessa, per cause gravissime, la dispensa da ambedue le pubblicazioni, ma allora è necessaria la presentazione di un atto di notorietà col quale 5 persone, ancorchè parenti degli

II. Capacità di generare.

§ 157. La viripotenza nella donna, la pubertà nell'uomo, che si presumono dalla legge esistere nella prima ai 12 anni, nel secondo ai 14, sono un altro requisito del matrimonio, requisito che ha un fondamento naturale (*Inst. prin., de nuptiis*, I, 10).[1] Allorquando due persone, impubere l'una e non viripotente l'altra nella epoca della loro unione, seguitano a convivere maritalmente dopo avere l'una compiuti i 14 anni, l'altra i 12, la loro unione diviene matrimonio (fr. 4, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2.). Incapaci di contrarre matrimonio erano gli evirati, *castrati* (fr. 39, § 1, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. 14, § 1, *de manumis. vind.*, XL, 2), non già i frigidi, *spadones;* imperocchè la incapacità di questi ultimi viene riguardata come incerta (*cost.* 10, *Cod. de repud.*, V, 17; *Nov.* 22, c. 6.); per la medesima ragione, i vecchi non sono esclusi dal matrimonio, quantunque questa non li esonerasse dal disposto della *lex Julia et Papia Poppea* (fr. 27, *Cod. de nupt.*, V, 4; Ulp., XVI, 3, 4).

sposi, dichiarino con giuramento davanti al pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli, e assicurino sulla loro coscienza, che nessun impedimento stabilito dalla legge osta al loro matrimonio (art. 78).

2° La *celebrazione del matrimonio* avviene nella casa comunale, e pubblicamente innanzi allo uffiziale dello stato civile del Comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, alla presenza di due testimoni, ancorchè parenti. Ivi l'uffiziale dello stato civile dà lettura agli sposi degli Articoli 130, 131 e 132 del Codice Civile, (contenenti i doveri e i diritti comuni e reciproci dei conjugi) riceve da ciascuna delle parti *personalmente* l'una dopo l'altra la dichiarazione che si vogliono respettivamente prendere in marito e moglie, e di seguito pronunzia, *in nome della legge che sono unite in matrimonio*; immediatamente dopo questa celebrazione, si compila l'atto di matrimonio (art. 93 e 94). Verificandosi l'infermità di uno dei conjugi, o ricorrendo altro impedimento giustificato all'uffizio dello stato civile, che impedisca di recarsi alla casa comunale, l'uffiziale si trasferisce col segretario nel luogo in cui si trova lo sposo impedito, ed ivi alla presenza di 4 testimoni segue la celebrazione del matrimonio con le forme sopra indicate (art. 97). Se le parti pretendessero aggiungere alla loro dichiarazione di prendersi respettivamente in marito od in moglie, un termine od una condizione, e vi persistessero, l'uffiziale dello stato civile non potrà più procedere alla celebrazione del matrimonio (art. 95).

[1] Pel Codice Civile italiano non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni 18, la donna prima che abbia compiuto gli anni 15 (art. 55).

Per altro, pel capoverso dell'art. 68:

Il re, quando concorrano gravi motivi, può anche dispensare dall'impedimento dell'età, ed ammettere al matrimonio l'uomo che ha compiuto gli anni 14 e la donna che ha compiuto gli anni 12.

III. Assenza di ogni giuridico impedimento.

Gl' impedimenti, che le leggi romane oppongono al matrimonio, altri sono *assoluti*, altri *relativi*.

A) Impedimenti assoluti.

§ 158. Impedimenti ***assoluti***, cioè che ostano al matrimonio con chiunque, sono:

a) La schiavitù. - Gli schiavi sono incapaci di legittimo matrimonio (*justæ nuptiæ*, nel senso del diritto Giustinianeo) vedi Ulp., V, 5; Paolo, II, 19, 6; *cost.* 3, *Cod. de incest. nupt.*, V, 5; *Nov.* 22, c. 10; ma era valido il matrimonio, almeno ai tempi di Giustiniano, che un libero avesse contratto con una schiava propria o altrui, col consenso del padrone; perocchè si reputava così implicitamente manomessa (*cost. un.*, § 9, *Cod. de lat. lib. toll.*, VII, 6; *Nov.* 22, c. 11).

b) Un matrimonio già esistente. La poligamìa è vietata nel diritto Romano (§ 6 e 7, *Inst. de nupt.*, I, 10; fr. 11, *Dig. de divort.*, XXIV, 2; *Nov.*, 18, c. 5); anzi venne tempo in cui fu punita (*cost.* 2, *cod. de inc. nupt.*, V, 5; *cost.* 18, *Cod. ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9; *Nov.* 89, c. 12, § 5); è proibita perfino agli isdraeliti (*cost.* 7, *Cod. de judæis*). [1]

c) Il voto di castità e gli ordini maggiori (*Nov.* 5, cap. 8; *Nov.* 6, cap. 1, § 7, *cost.* 45, *Cod. de episcop. et cleric.*, I, 3; *Nov.* 22, c. 42, e *Nov.* 123, c. 14).

d) Per le *donne* è impedimento assoluto, ma temporario, l' anno del lutto, impedimento creato dalla legge per evitare l' incertezza della paternità, *turbatio sanguinis*, (fr. 1 e 11, § 1, *Dig. de his qui not. inf.*, III, 2); l' inosservanza di questo divieto legislativo alle nozze, non annulla il matrimonio, ma fa incorrere in una pena. [2]

[1] Concorda l' art. 56 del Cod. Civ. ital. « ivi ».
Non può contrarre altre nozze chi è vincolato da un matrimonio precedente.

[2] Pel Codice Civ. ital. art. 57 « non può contrarre nuovo matrimonio la donna se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall' annullamento del matrimonio precedente, eccettuato il caso espresso nell' articolo 107, vale a dire il caso di impotenza manifesta e perpetua del marito.
Cessa questo divieto dal giorno che la donna ha partorito.

e) Per la donna adultera, rimandata dal marito, il delitto è impedimento a contrarre nuove nozze (fr. 26, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 29, § 1, *Dig. ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5); il suo nuovo matrimonio sarebbe punibile, ma non nullo.

B) Impedimenti relativi.

§ 159. Gli impedimenti relativi, che ostano cioè alle nozze con alcune persone determinate, derivano dalla:

a) *parentela*, talchè le nozze contratte ad onta di questi impedimenti si dicono *incestuose*.

b) dalla *condizione;* fra persone di condizione troppo differenti le nozze si dicono *indecorose*.

c) *dalla diversità di religione, dall'ufficio, e dal delitto,* circostanze che renderebbero *nocive o pericolose le nozze.*

a) *Nozze incestuose.*

§ 160. Tali per diritto Romano sono quelle:

1° fra gli ascendenti e discendenti, ossia fra i *cognati* in linea retta, all'infinito (§ 1, *Inst. de nuptiis,* I, 10; fr. 53 e 55, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 17, *Cod. de nuptiis*, V, 4).

2° fra *fratelli* e *sorelle*, ossia fra collaterali in secondo grado (fr. 54, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *Instit.*, § 2, *de nuptiis,* I, 10), e di più fra quelle persone di cui l'una è fratello o sorella dell'ascendente dell'altra, ossia fra le quali esiste il così detto *respectus parentelæ,* perchè stanno *parentum loco* (§ 3, 5, *Inst. de nuptiis*, I, 10; fr. 17, § 2 e 39, *Dig. de ritu nupt.,* XXIII, 2; *cost.* 17, *Cod. de nupt.*, V, 4; *cost.* 9, *Cod. de incest. nupt.*, V, 5). Fra queste persone le nozze sono *incestuose* anche quando la loro parentela non sia legittima ma naturale soltanto.

3° fra persona adottata e adottante, nella linea retta formata dall'adozione è proibito il matrimonio all'infinito, come è proibito fra il padre adottivo e la vedova del figlio adottivo, e fra il figlio adottivo e la vedova del padre adottivo; e queste proibizioni durano anche dopo lo scioglimento dell'adozione (§ 1, 2, 3, 6, *Inst. de nuptiis*, I, 10; fr. 10, 17 e 55, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2); nella linea collaterale è proibito il matrimonio fra quelle persone, che per questa parentela legittima sono congiunte in secondo

grado; come pure fra quelle, fra le quali esiste il ***respectus parentelæ;*** ma lo scioglimento dell'adozione, fa sparire cotali impedimenti.

4° fra *affini* in linea retta all'*infinito*, e nella linea collaterale fino al secondo grado (§ 6 e 7, *Inst. de nuptiis,* I, 10; fr. 14 e 40, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.*, 5, 8, 9, *Cod. de incest. et inutil. nupt.*, V, 5).[1]

5° fra *quasi affini*, cioè: fra il padre e la fidanzata del figlio, fra il figlio e la fidanzata del padre (*Instit.*, § 9, *de nuptiis,* I, 10); fra il patrigno e la vedova del figliastro, e fra questi e la vedova del patrigno (fr. 15, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2); fra il marito, e la figlia che sua moglie dopo sciolto il vincolo matrimoniale con lui, ebbe da un altro (*Instit.*, § 9, *de nuptiis*, I, 10).

6° fra il patrino e la figlioccia (*cost.* 26 *in fine, Cod. de nuptiis*, V, 4.), in conseguenza della *parentela spirituale*, ammessa quando il cristianesimo divenne la religione dello Stato.

b) *Nozze indecorose.*

§ 161. Prima della *lex Canuleja*, era proibito il matrimonio fra patrizi e plebei; quando la cittadinanza non era stata conceduta a tutti i sudditi dell'impero, era proibito fra i *cives* e i *non cives*, ammenochè non fosse stata accordata una dispensa speciale, quale era per esempio quella per la quale gli imperatori accordavano ai veterani congedati il *connubium* con le donne latine (GAJO, I, 57; ULP., V, 3 e 4); dopo Valentiniano II, furono

[1] Con le disposizioni del diritto Romano, relative alle nozze incestuose, fin qui riferite, concorda il Codice Civile italiano (negli articoli 58, 59, 60) quasi in tutto. – Infatti l'art. 58 dichiara: In linea retta il matrimonio è vietato fra tutti gli ascendenti e discendenti legittimi o naturali e gli affini della medesima linea.

L'art. 59 « ivi ». In linea collaterale il matrimonio è vietato: 1° fra le sorelle e i fratelli legittimi o naturali, 2° fra gli affini del medesimo grado, 3° tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote.

L'art. 60 « ivi ». Il matrimonio è proibito fra l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti, fra i figli adottivi della stessa persona fra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottante; fra l'adottato ed il coniuge dell'adottante, e tra l'adottante ed il conjuge dell'adottato.

Il Codice nostro non vieta le nozze fra il fratello dell'adottante e la figlia adottiva, ed in genere fra quelle persone che in conseguenza dell'adozione sono venute *loco parentum*. – Come pure non fa menzione dello scioglimento dell'adozione come causa di cessazione degli impedimenti al matrimonio fra i figli adottivi della stessa persona, e fra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante.

proibite le nozze coi *barbari* (*cost. un., Cod. Theod. de nupt. gent.*, III, 14), ma nel codice Giustinianeo questa costituzione non si trova. La *lex Julia et Papia Poppea* proibì agli ingenui di contrarre matrimonio con liberti, con persone infami, e segnatamente con quelle che avevano dato spettacolo di sè (fr. 41, 42, § 1, 43, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; Ulp., XIII, 1; XVI, 2); vietò ai senatori ed ai loro discendenti di sposare donne di malaffare; e per un senatusconsulto dei tempi di Marco Aurelio, fu inibito a queste stesse persone anche il matrimonio con i liberti (fr. 3, § 1, *de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1), ed in seguito ancora con le donne di teatro (fr. 42, § 1, *de ritu nupt.*, XXIII, 2). Costantino estese anche di più questi divieti; egli proibì, sotto pena di infamia, ai senatori, ai prefetti, ai duumviri di prendere in moglie figlie di liberti, gladiatori, locandieri, mercanti a minuto ed in generale qualunque donna reputata vile ed abietta, *humiles abjectæve personæ* (*cost.*, 1, *Cod. de nat. lib.*, V, 27). Se non che quelle donne cui non poteva essere rimproverato altro che la loro povertà, non dovevano essere reputate nè abiette nè vili (*cost.* 7, *Cod. de incest. et inutil. nupt.*, V, 5). Giustiniano invaghitosi di Teodora, figlia di un auriga del *circo*, e commediante, ottenne da suo zio Giustino, durante il regno di lui, che con una costituzione dichiarasse che quando una donna di teatro avesse abbandonato quella professione, dovesse considerarsi come monda dalla pristina abiezione, e degna di sposare qualunque più onorevole persona (*cost.* 23, *Cod. de nuptiis*, V, 4). Finalmente con la sua *Novella* 117, c. 4, permise a qualunque persona rivestita delle più eminenti dignità di sposare tutte le donne che Costantino avea designate come abiette. Ma egli proibì ad un *colono* sposare una donna libera (*Nov.* 22, c. 17; *cost.* 24, *Cod. de agric. et cens.*, XI, 47).

c) *Nozze pericolose o nocive.*

§ 162. Pel pericolo o pel danno che potevano produrre, furono proibite le nozze:

1° Fra cristiani ed ebrei (*cost.* 6, *Cod. de judæis,* I, 9), per timore che l'affetto coniugale cagionasse l'apostasìa.

2° Fra tutore, curatore, figlio del tutore, del curatore, e la pupilla o sottoposta, prima del rendimento di conti; affinchè con

queste nozze non si cercasse esimersi dal render conto, (fr. 59, 60 e 63, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2). Ma quando il padre della pupilla morendo avesse esternato il desiderio di quelle nozze, il divieto cessava (fr. 36, 66, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2).

3° Fra chi esercita un ufficio pubblico in una provincia, come di prefetto, di preside, il figlio di costui ed una donna di quella provincia; e ciò per timore che la parentela non facesse prevaricare il magistrato (fr. 38, 57 *pr.*; fr. 63, 65, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2).

4° Il militare era colpito dallo stesso impedimento (fr. 63 e 65, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2),

5° Fra adulteri, e fra rapitore e rapita, perchè non fosse premiato il delitto, e non fosse incentivo a commetterlo la speranza delle nozze[1] (fr. 11, § 11, *Dig. ad legem. Jul. de adult.*, XLVIII, 5; *cost. un.*, § 1, *in fin., Cod. de raptu. virg.*, IX, 13; *Nov.* 143, 150).

§ 163. Mancando al matrimonio qualunque dei requisiti fin qui dichiarati, non è legittimo per difetto di *connubium;* e *connubium* nel significato più recente della parola, indica la possibilità del matrimonio fra le persone che si vogliono unire. Il difetto di questo *connubium* rende nullo il matrimonio. I figli nati dal medesimo sono illegittimi (*Inst.*, § 12, *de nuptiis*, I, 10; *cost.* 6, *Cod. de incest. et inutil. nupt.*, V, 5), non sono dunque in potestà del padre loro; la donna non diviene *uxor*, nè l'uomo *vir;* la dote, e la *donatio propter nuptias* sono confiscate (fr. 61, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 4, *Cod. de incest. et inutil. nupt.*, V, 5). I contravventori soggiacciono inoltre a delle pene (*Inst.*, § 12, *de nupt.*, I, 10; fr. 1, *Dig. de his. qui not.*, III, 2; fr. 64 *pr.*; fr. 56, *Dig. de ritu. nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 6, *Cod. de judæis*, I, 9; *cost.* 2, 4, 6, 9, *Cod. de inc. nupt.*, V, 5; *cost.* 18, *Cod. ad leg. Jul. de adult.*, IX, 9; *Nov.* 134, c. 12). Ma potevansi ottenere delle dispense, che gl' imperatori accordarono assai di frequente

[1] Perchè non sia premiato il delitto, e perchè non sia incentivo a commetterlo la speranza delle nozze, il Codice Civile italiano all'art. 62 dispone « ivi ». Chi fu, in giudizio criminale, convinto reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei conjugi non può unirsi in matrimonio con l' altro conjuge.

Se fu soltanto pronunziata la sentenza di accusa, ovvero ordinata la cattura, si sospenderà il matrimonio sino a che il giudizio sia terminato.

Appena occorre dire che il Codice nostro non conosce nozze indecorose.

(fr. 31, *de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 7, *Cod. de interd. matr.*, V, 6; *Cod., Tit. si nuptiæ ex rescripto petantur,* V, 8).[1]

CAPITOLO III.

Effetti del matrimonio.

§ 164. Gli effetti del matrimonio nel diritto Giustinianeo,

[1] Per l' art. 68 del Codice Civile italiano, il re quando concorrano gravi motivi, può dispensare dagl' impedimenti indicati nei numeri 2 e 3 dell' articolo 59, cioè può permettere le nozze fra affini in secondo grado, e fra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote.

Può anche dispensare dall' impedimento dell' età ed ammettere al matrimonio l' uomo che ha compiuto gli anni 14 e la donna che ha compiuto gli anni 12.

Quando esistono impedimenti al matrimonio, ammessi dalla legge, e dai quali non è stata ottenuta dispensa, possono fare opposizione al matrimonio; *sempre:*

1° Il pubblico Ministero (art. 87).

2° Il padre e la madre, ed in mancanza di ambedue, gli avi e le avole; costoro possono fare opposizione quand' anche i loro figli e discendenti maschi avessero compiuto gli anni 25, e le femmine gli anni 21 (art. 82).

Per mancanza di consenso del consiglio di famiglia al matrimonio del minore di 21 anno;

e per l' infermità di mente di uno degli sposi, possono fare opposizione:

a) il fratello e la sorella, lo zio e la zia, ed i cugini germani maggiori di età (art. 83).

b) il tutore e il curatore a ciò autorizzati dal consiglio di famiglia (art. 84).

Al matrimonio che la vedova volesse contrarre prima dei 10 mesi dallo scioglimento o dall' annullamento del matrimonio precedente, possono fare opposizione, i prossimi di lei ascendenti, e tutti i parenti del primo marito (art. 86).

Al matrimonio che volesse contrarre chi è già conjugato, può fare opposizione l' altro coniuge (art. 85).

Il matrimonio già celebrato può essere attaccato come *nullo,* e della sua *nullità* può ottenersi dichiarazione:

1° Per difetto di *consenso* degli sposi (art. 105) o di altre persone delle quali la legge richiede il consenso (art. 63 a 66 e art. 108).

2° Per difetto di capacità morale (art. 55, 61, 112) o fisica (art. 107) dei contraenti.

3° Perchè proibito dalla legge per loro troppo stretta parentela (art. 58, 59).

4° Perchè proibito dalla legge pel pericolo o pel danno che ne deriverebbe (art. 57 e 62).

5° Per l' esistenza di precedente matrimonio (art. 56).

6° Per difetto di forma (art. 104, capoverso 1°).

Nel lib. I, cap. VI del Codice (art. 104–114) sono indicate le persone che possono intentare l' *azione* di *nullità* contro il matrimonio per le cause ora indicate, ed i termini dentro i quali può essere intentata.

Il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede, produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell' annullamento di esso.

Se un solo dei coniugi sia in buona fede il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli (art. 116). È questo il matrimonio detto putativo.

sono relativi tanto alla *persona* quanto ai *beni* dei *coniugi* e dei *figli*.

§ 165. *Fra i coniugi* il matrimonio fa nascere, per riguardo alla persona loro, diritti e doveri comuni ad entrambi, e speciali ad ognuno di essi.

a) Diritti comuni sono:

1° quello di vivere in consorzio indiviso,

2° di esigere la prestazione del debito coniugale,

3° di ottenere fedeltà (fr. 1, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *Inst.*, § 1, *de patr. pot.*, 1, 9; fr. 22, § 7, *de solut. matrim.*, XXIV, 3; fr. 13, § 5, *Dig. ad legem. Jul. de adult.*, XLVIII, 5; *Nov.* 117, c. 9, § 5). L'infedeltà della moglie è adulterio, non quella del marito (fr. 34, *Dig. ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5; fr. 101, *Dig. de verb. signif.*, 50, 16). Il marito per altro, non può tenere sotto il tetto coniugale una concubina, altrimenti la moglie può legittimamente divorziare (*Nov.* 117, c. 9, § 5).[1]

Diritti speciali del marito sono:

1° di esigere obbedienza e rispetto (fr. 14, § 1, *Dig. de solut. matrim.*, XXIV, 3);

2° di avere la moglie nel proprio domicilio (fr. 1, § 15, *Dig. de S. C. Silan.*, XXIX, 5; fr. 5, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2); attalchè il marito può intentare un interdetto *de uxore exhibenda*, contro chiunque gliela ritiene, e perfino contro il *paterfamilias* di lei (fr. 1, § 5, e fr. 2, *Dig. de lib. exhib.*, XLIII, 30; *cost.* 3, *Cod. eod.*, VIII, 8; *cost.* 11, *Cod. de nuptiis.*, V, 4);

3° di rappresentarla come procuratore presunto (*cost.* 18 e

[1] Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza (art. 130).

Diritti del marito sono:

1° Di essere capo della famiglia (art. 131).

2° Di essere accompagnato dalla moglie dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza (art. 131).

3° Di fare contribuire la moglie al mantenimento di lui, se egli non ha mezzi sufficienti (132, capoverso 1).

Diritti della moglie sono:

1° Di prendere la condizione civile del marito, ed assumerne il cognome (art. 131).

2° Di essere protetta dal marito e provveduta di tuttociò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sostanze di lui (art. 132).

L'obbligazione del marito di somministrare gli alimenti alla moglie cessa quando la moglie, allontanatasi, senza giusta causa, dal domicilio conjugale, ricusi di ritornarvi.

Può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito e della prole il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie (art. 133).

21, *Cod. de procur.*, II, 13; *cost.* 6, *Cod. de recept. arb.* II, 56).

4° di ottenere dalla moglie assistenza nel governo della famiglia (fr. 5, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 65, *Dig. de jud.*, V, 1; *cost. ult. in fine*, *Cod. de incol.*, X, 39).

Diritti speciali della moglie sono:

1° di prendere il nome e il grado del marito, e ritenerlo finchè non passa a seconde nozze (*cost. ult.*, *Cod. de incol.*, X, 39, *cost.* 13, *Cod. de dign.*, XII, 1; *Nov.* 22, c. 36);

2° di essere mantenuta dal marito (fr. 21 *pr.*, *Dig. de donat. inter. vir. et. ux.*, XXIV, 1; fr. 22, § 8, *Dig. de solut. matrim.*, XXIV, 3);

3° di essere da lui protetta e difesa; ed il marito può vendicare le ingiurie fatte alla moglie, come fatte a sè (*Inst.*, § 2, *de injuriis*, IV, 4; fr. 1, § 3 e fr. 9, *Dig. eod.*, XLVII, 10);

4° di intentare contro il marito l'*actio de partu agnoscendo*, affinchè il marito riconosca come suo e mantenga il figlio che essa ha partorito 182 giorni dopo la celebrazione del matrimonio, o nei 10 mesi dallo scioglimento del medesimo (*Istit.*, § 13, *de act.*, IV, 6; fr. 1 e 3, *Dig. de agnosc. et alend. lib.*, XXV, 3). In questo caso la donna non ha bisogno di provare la paternità, valendo la regola, *Pater est quem nuptiæ demonstrant*: sta al marito a fornire la prova in contrario (vedi § 108). Ma per evitare di essere accusata di supposizioni di parto, la donna che si separa dal marito per divorzio, e che sa di essere incinta, deve, secondo il disposto del senatusconsulto Planciano, dare avviso di quella gravidanza al marito dentro i 30 giorni dalla separazione (*Dig. de agnosc. et al.*, XXV, 3); e per l'editto del pretore, deve dare lo stesso avviso agli eredi presunti del marito, qualora alla morte del medesimo creda di essere incinta (fr. 1, § 9, *Dig. de inspic. vent.*, XXV, 4; fr. 1, § 10, *de agnosc. vel alend. lib.*, XXV, 3).

§ 166. Per riguardo alla *persona* dei figli legittimi, i genitori hanno il *diritto* di provvedere alla loro educazione, ma la madre ha per questo rispetto, soltanto quelle ingerenze che il marito le concede. Hanno il diritto di averli seco, di rivendicarli da chiunque li ritenesse ingiustamente, e di recuperarli se fuggitivi (*Dig. de liber. exhib.*, XLIII, 30; *Cod. eod.*, VIII, 8). Nel caso di scioglimento del matrimonio, il giudice stabilisce presso quale dei genitori debbono stare, e l'età fino alla quale debbono rimanervi (*cost.* 1, *Cod. divortio facto*, V, 24; *Nov.* 117, cap. 7). Hanno

poi i genitori il dovere di alimentarli, e di mantenerli in un grado proporzionato alle condizioni economiche della famiglia, (fr. 5, § 2, 6, 7, 8, 11, *de agnosc. et al. lib.*, XXV, 3). Questo dovere incombe prima al padre, che alla madre (fr. 8, *Dig. de agnosc.*, XXV, 3).[1] I figli illegittimi sono mantenuti dalla madre, o dall'avo materno, perchè essa sola di ordinario è conosciuta (fr. 5, § 4 e fr. 7, *Dig. de agnosc. et al. lib.*, XXV, 3). Ma se il padre pure è conosciuto, egli ancora ha l'obbligo di alimentarli (*Nov.* 89, c. 15). In correspettività di questi obblighi che hanno i genitori verso i figli, i figli divenuti uomini, e bene provvisti, hanno reciprocamente obbligo di alimentare i genitori caduti in miseria (fr. 5, § 1, *Dig. de agnosc. et al lib.*, XXV, 3). Fra genitori e figli, vedremo quali sono i diritti di successione ereditaria, quando di queste successioni dovremo trattare. Fra marito e moglie come fra genitori e figli, le leggi proibiscono l'esperimento di azioni infamanti (fr. 11, *Dig. de dolo malo*, IV, 3; *cost.* 5, *Cod. eod.*, II, 21; fr. 4, § 16 ed ult., *de doli mali et met. except.*, XLIV, 4; fr. 7, § 2, *de obseq. parent.*, XXXVII, 15; *cost.* 2, *Cod. de actione rer. amot.*, V, 21: fr. 25, *Dig. eod.*, XXV, 2), perocchè vi repugni il rispetto e l'affezione, che fra queste persone debbono esistere.

[1] Il matrimonio impone *ad ambedue* i conjugi l'obbligazione di mantenere, educare ed istruire la prole.

Questa obbligazione spetta al padre ed alla madre *in proporzione delle loro sostanze*, computati nel contributo della madre i frutti della dote.

Quando essi non abbiano mezzi sufficienti, tale obbligazione spetterà agli altri ascendenti in ordine di prossimità (art. 138).

I figli sono tenuti a somministrare gli alimenti ai loro genitori ed agli altri ascendenti che ne abbiano bisogno (art. 139).

I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a fare loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo (art. 147).

Gli alimenti debbono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi deve somministrarli (art. 143).

Se dopo l'assegnazione degli alimenti sopravviene una mutazione nelle condizioni di chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvederà per la cessazione, la riduzione, o l'aumento secondo le circostanze (art. 144).

Chi deve somministrare gli alimenti, ha la scelta di soddisfare a tale obbligazione o mediante una pensione alimentaria, o col ricevere e mantenere nella propria casa colui che ha diritto agli alimenti. L'autorità giudiziaria però potrà, secondo le circostanze, determinare il modo di somministrazione degli alimenti (art. 145). In caso di urgente necessità, l'autorità giudiziaria può eziandio porre temporaneamente a carico di uno solo fra quelli che sono obbligati ad alimentare, od obbligati in sussidio, l'obbligazione degli alimenti, salvo il regresso verso gli altri (art. 145).

L'obbligazione di somministrare gli alimenti cessa con la morte dell'obbligato, quantunque il medesimo li somministrasse in esecuzione di sentenza (art. 146).

§ 167. Degli effetti del matrimonio circa ai beni dei coniugi noi parleremo nello esporre i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio; soltanto avvertiremo quì, che nel diritto Giustinianeo pel matrimonio non divengono comuni i beni dei coniugi; anzi ognuno conserva la proprietà del respettivo patrimonio.[1] Tuttavia ciò che si trova nella casa coniugale, in caso di dubbio, presumesi appartenere al marito (fr. 51, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; *cost.* 6, *Cod. de donat. int. vir. et ux.*, V, 16). I coniugi possono, indipendentemente l'uno dall'altro, acquistare diritti, contrarre obbligazioni, e far convenzioni, non solo coi terzi ma anche fra loro (*cost.* 1, 3, *Cod. ne uxor pro marito*, IV, 12; *cost.* 1, *Cod. ad leg. Jul.*, IX, 12; *cost.* 6, *si quis alteri*, IV, 50); ma fra marito e moglie sono proibite le donazioni (fr. 1, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, fr. 2 e 3 *pr. eod.; cost.*, 20 *pr.*, *Cod. de donat. ante nupt.*, V, 3; *Nov.* 61, cap. 1 *pr.*); la moglie non può validamente restare mallevadrice del marito (*Nov.* 134, cap. 8); per altra parte, godono fra loro del *beneficium competentiæ*, talchè l'uno non può essere obbligato a sodisfare all'obbligazione contratta verso l'altro, se non in *quantum facere potest;* e nella mancanza di cognati, è accordato loro il diritto di succedersi reciprocamente *ab intestato* (*Dig. unde vir et uxor*, XXXVIII, 11).

[1] Sebbene anche pel Codice Civile italiano ogni conjuge conservi la proprietà dei respettivi beni, ciò nonpertanto:

La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere e riscuotere capitali, costituirsi sicurtà (*fidejubere*) nè transigere, o stare in giudizio relativamente a tali atti, *senza l'autorizzazione del marito* (art. 134) nè accettare mandato (art. 1743).

Il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di revocarla (art. 134).

Può autorizzarla ad accettare un mandato (art. 1743).

L'autorizzazione del marito non è necessaria:

1° quando egli sia minore, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena,

2° quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito,

3° quando la moglie eserciti la mercatura (art. 135),

Se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie, o se trattasi di atto nel quale siavi opposizione di interesse, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso, sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale civile.

Il Tribunale non può concedere l'autorizzazione, se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in camera di consiglio, salvo i casi di urgenza (art. 136).

La nullità derivante dal difetto di autorizzazione non può essere opposta che dal marito, dalla moglie, o dai suoi eredi od aventi causa (art. 137).

CAPITOLO IV.

DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO.

§ 168. Il matrimonio si scioglie, o per cause *indipendenti dalla volontà* dei coniugi, o per cause *dipendenti* da quella volontà.

§ 169. A) *Indipendentemente dalla volontà* dei coniugi si scioglie:

a) per morte di uno fra loro (fr. 1, *Dig. de divort.*, XXIV, 2);[1]

b) *per maxima capitis diminutio,* specialmente prima di Giustiniano, in conseguenza della *servitus pœnæ.* Nel gius Antico, appena il cittadino era caduto in potere del nemico qual prigioniero di guerra, la moglie poteva passare a seconde nozze; ed il marito, ritornando, non poteva invocare *l'jus postliminii* per farsi restituire al pristino stato coniugale (fr. 1 e 6, *Dig. de divort.*, XXIV, 2; fr. 8 e 14, § 1, *de capt.*, XLIX, 15). Era necessario un nuovo matrimonio fra il già prigioniero e la moglie sua, se volevano esser coniugi (fr. 32, § 6, 14, *Dig. de donat. int. vir. et uxor.*, XXIV, 1; fr. 56, *Dig. sol. matr.*, XXIV, 3). Più tardi, affinchè fosse lecito alla donna passare alle seconde nozze, si richiese che fossero trascorsi cinque anni dal dì della prigionìa del marito, senza che si avessero nuove di lui (*Nov.*, 22, c. 7, fr. 6, *Dig. de divortiis*, XXIV, 2); in seguito si addimandò la prova della morte del marito, e se nonostante dopo fornita quella prova, il marito tornava, il secondo matrimonio era nullo (*Nov.* 117, c. 11). La *media capitis diminutio* non cagionava lo scioglimento del matrimonio, perocchè poteva continuare come matrimonio *juris gentium*, ma gli toglieva il carattere di matrimonio civile e legittimo (fr. 56, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3; fr. 13, § 1, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; *cost.* 24, *Cod. eod.*, V, 16, *cost.* 1, *Cod. de repudiis,* V, 17; *Nov.* 22, c. 13).

c) La minima *capitis diminutio* scioglie il matrimonio, sol-

[1] Pel Codice Civile italiano (art. 148) il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi; è ammessa però la loro *separazione personale*, ma non il divorzio.

La morte del coniuge si prova mediante gli atti dello stato civile (art. 79, capoverso 2°); ed in mancanza di questi, crediamo con gli altri mezzi probatorii.

tanto quando fa nascere una parentela, che sia tale da considerarsi come un impedimento sopravvenuto (*incestus superveniens*); esempigrazia se il padre del marito avesse adottato come figlia la nuora. Era possibile evitare lo scioglimento del matrimonio per questa ragione, se prima di adottare la nuora, il padre del marito, ossia il suocero, avesse emancipato il figlio (*Inst.*, § 2, *de nuptiis*, I, 10; fr. 17, § 1; fr. 67, § 3, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2).

d) Si scioglie il matrimonio, se l'uno dei coniugi entra in un monastero (*cost.* 53, § 3, *Cod. de episcop.*, I, 3; *Nov.* 22, c. 5; *Nov.* 117, c. 12; *Nov.* 123, c. 40).

e) Prima di Giustiniano, si scioglieva il matrimonio per un mutamento di condizione; come se il marito di una libertina diveniva senatore, perchè, come vedemmo, fra senatore e libertina non erano permesse le nozze: ma Giustiniano tolse di mezzo questa causa di scioglimento del matrimonio, anche prima di abolire il divieto del matrimonio fra le indicate persone (*cost.* 28, *Cod. de nuptiis*, V, 4.)

B) *Dipendentemente dalla volontà* dei coniugi, si discioglie il matrimonio per

Divorzio.

(*Dig.* lib., XXIV, tit. 2, *de divortiis et repudiis; Cod.*, lib. V, tit. 17, *de repudiis et judicio de moribus sublato*).

§ 170. Lo scioglimento di un legittimo matrimonio, avvenuto per volontà di ambedue i coniugi o di un solo, dicesi *Divorzio*. Secondo Paolo, la etimologia della voce divorzio è questa: *quod in diversas partes eunt qui discedunt* (fr. 191, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). I Romani seguitando il principio, *consensus facit nuptias*, ammisero che la concorde volontà delle parti potesse discioglierle, e sebbene nella definizione delle nozze si trovi detto, che esse contengono: *individuam consuetudinem vitæ*, e che sono un *consortium omnis vitæ* (vedi sopra, § 149), quelle espressioni non vogliono già accennare all'*indissolubilità* del vincolo, sibbene alla indivisione dell'esistenza sociale. Se non che in antico i matrimoni contratti *confarreatione* non potevano essere sciolti dalla donna, ma dal marito soltanto, e col consenso di un consiglio di congiunti; perchè con quello scioglimento, cessava la capacità

all' esercizio delle funzioni sacerdotali. Cotale scioglimento, che si operava con forme solenni, e con l' intervento dei sacerdoti, aveva nome di *diffarreatio*. I matrimoni contratti *coemtione* ed *usu*, dovevano essere sciolti mediante una *emancipatio*, cui la donna poteva costringere il marito (GAJO, I, 137). Sebbene il divorzio fosse permesso, e la convenzione in contrario fosse reputata invalida (fr. 19, 134 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *cost.* 2, *Cod. de inut. stip.*, VIII, 39), ciò non pertanto la pubblica opinione e la consuetudine ostarono a fare degenerare in abuso quella facoltà, attalchè fece grande impressione, comunque non fosse per certo il primo divorzio, quello di Spurio Carvilio Ruga (anno 520 di Roma) motivato sulla sterilità della moglie. Ma sull' ultimo scorcio della repubblica, corrottisi i costumi, i divorzi divennero tanto frequenti, che fu detto le donne contassero i mariti coi consoli. Nonostante questi turpi abusi, il divorzio fu sempre lecito, sia che lo desiderassero ambedue i coniugi (*divortium bona gratia*), sia che lo volesse soltanto il marito rimandando la moglie (*repudium*), o soltanto lo desiderasse la moglie lasciando la casa maritale (*divertit o divortit*) (GAJO, I, 137; fr. 12 *pr.*, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 27, § 30, *ad leg. Aquil.*, IX, 2; fr. 2, *Dig. de divortiis*, XXIV, 2). Pene pecuniarie colpivano quello dei coniugi, che col suo contegno era stato causa del divorzio (*qui dissidii necessitatem inducit*), laonde se di comun consenso, all' amichevole (*bona gratia*), i coniugi divorziavano, non incorrevano in pena alcuna.[1] La legge *Julia de adulteriis* ordinò che il *repudium* fosse notificato da un liberto alla presenza di sette testimoni puberi e cittadini romani (fr. 35, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1; fr. *un.*, § 1, *in f.*, *Dig. unde vir. et uxor.*, XXXVIII, 11; fr. 9, *Dig. de divortiis*, XXIV, 2; fr. 43, *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5); in seguito si richiese un *libellus repudii* (*cost.* 8, *Cod. de repudiis*, V, 17).

§ 171. Fino agli imperatori cristiani, il divorzio fu libero: per eccezione la libertina sposata dal patrono non poteva divorziare,

[1] Le voci *divortium* e *repudium* vengono talora adoperate nelle Fonti indifferentemente, ma *repudium* si usa ancora per lo scioglimento degli sponsali; non già *divortium* (fr. 101, § 1 e fr. 191, *de verb. signif.*, L, 16). Del resto pare che nel più recente linguaggio giuridico il *repudium* sia una separazione fondata sopra il delitto di uno dei coniugi. *Divortium bona gratia*, una separazione fondata sopra un giusto motivo, ma non un delitto di uno dei coniugi; *divortium consensu*, quello fatto alla amichevole; *divortium* (senza altra aggiunta) quello voluto, senza giusti motivi, da uno dei coniugi.

mentre lo poteva il marito di lei (fr. 10, *de repudiis*, XXIV, 2). Gli imperatori cristiani senza abolire il divorzio, mediante delle pene pecuniarie e perfino afflittive, cercarono di renderlo infrequente. Noi non staremo a riferire qui, tutte le loro costituzioni emanate con questo intendimento, [1] piuttosto ci faremo ad indicare brevemente l'ultimo stato del diritto in proposito.

a) Il *divortium consensu,* vale a dire per comune accordo, o all'amichevole, non è permesso ammenochè i coniugi non si vogliano ridurre in un chiostro (*Nov.* 117, c. 10; *Nov.* 134, c. 11). In questo caso i coniugi perdono i loro beni a favore dei figli avuti dal comun matrimonio, in mancanza di questi, a favore dei respettivi ascendenti loro, e sussidiariamente a favore dei conventi che ricettarono i divorziati.

b) Il *divortium bona gratia,* cioè fondato sopra un giusto motivo, (ma che non è un delitto dell'altro coniuge) come il voto di castità, o l'impotenza del marito protratta durante due anni, è permesso (*Nov.* 117, cap. 12: *Nov.* 22, cap. 6).

c) Il *repudium*, ossia il divorzio fondato sopra il delitto di uno dei coniugi (come l'omicidio, il veneficio, il falso, le sevizie, le ingiurie gravi, l'adulterio ec.) è permesso, ma il coniuge colpevole perde a favore dell'altro, la dote, se è la moglie, la *donatio propter nuptias*, se è il marito; di più incorre in altre pene (*cost.* 8; *cost.* 11, § 1, *Cod. de repudiis*, V, 17; *Nov.* 117, c. 8 e 9). Il marito adultero (e lo è per riguardo alla moglie, nell'unico caso che tenga una concubina nelle pareti domestiche), perde in favore della moglie la *donatio propter nuptias;* il resto dei suoi beni va ai discendenti, o in loro mancanza, agli ascendenti, e questi pure mancando, al fisco. La moglie convinta di adulterio, è chiusa in un convento, perde la dote a favore del marito, e deve dargli in oltre la terza parte degli altri suoi beni, dei quali il rimanente per un terzo va al convento, e per due terzi ai discendenti o ascendenti di lei (*Nov.* 117, c. 8, § 2; *Nov.* 134, c. 10).

d) Finalmente chi senza ragione e contro la volontà dell'altro coniuge fa divorzio, per le Novelle 117 e 127, c. 4, deve essere chiuso in un chiostro; perde a favore dell'altro coniuge o la do-

[1] Sono di Costantino (*cost.* 1, *Cod. Theod. de repudiis*, III, 16), di Onorio e Costanzo (*cost.* 2, *Cod. Theod. cod.*), di Teodosio II (*Nov. Theod.*, 17 e *cost.* 8, *Cod. Justin. de repudiis*, V, 17), di Valentiniano III (*Nov. Valent.*, 12), di Giustiniano (*cost.* 10 e 11, *Cod de repudiis*, V, 17) e di Giustiniano II (*Nov.* 140); ma questa Novella, come non glossata, non fu accolta nel fòro.

nazione *propter nuptias*, o la dote, o un quarto dei propri beni, se non vi è dote nè donazione *propter nuptias*.

§ 172. Sciolto il matrimonio, i già coniugi avevano facoltà per regola, di contrarne un altro. Ma se il matrimonio era sciolto per la morte del marito, la donna doveva rispettare *l'anno del lutto,* altrimenti incorreva nell'infamia (vedi sopra, § 40, n. 10), perdeva tutti i vantaggi derivatile dal primo matrimonio (*lucra nuptialia*), di più non poteva costituire al secondo marito una dote che oltrepassasse la terza parte del patrimonio di lei, nè lasciargli più di questa parte per atto di ultima volontà; non poteva acquistare per testamento di un estraneo, ed era esclusa perfino dall'eredità legittima di un congiunto suo, oltre il terzo grado (*cost.* 1 e 2, *Cod. de secund. nupt.,* V, 9; *Nov.* 22, cap. 22).[1]

§ 173. Le seconde nozze, che erano state incorraggite e quasi prescritte dalle leggi Giulia e Papia Poppea (ULP., XIV, 1; XVII, 1),

[1] Il Codice Civile italiano non ammette il divorzio, ammette per altro la separazione dei coniugi. – Questa può avvenire:

1° o per mutuo consenso dei coniugi (158) purchè con l'omologazione del tribunale;

2° o per cause determinate dalla legge, che conferisce ad ambedue o ad uno dei coniugi il diritto di domandare la separazione e di ottenerla (art. 149).

A - La separazione può essere domandata da qualunque dei due coniugi:

a) per causa di adulterio (art. 150). Ma non è ammessa l'azione di separazione per l'adulterio del marito, se non quando egli mantenga la concubina *in casa* o *notoriamente* in *altro luogo*, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca un' *ingiuria grave* alla moglie (art. 150, capoverso 1°),

b) per causa di volontario abbandono (art. 150),

c) per causa di eccessi, sevizie, minaccie e ingiurie gravi (art. 150),

d) per la condanna del coniuge ad una pena criminale, tranne il caso che la sentenza sia anteriore al matrimonio, e l'altro coniuge ne fosse consapevole (art. 151).

B – La *moglie* può chiedere la separazione, quando il marito senza alcun giusto motivo, non fissi una residenza; od avendone i mezzi, ricusi di fissarla in modo conveniente alla sua condizione (art. 152).

La riconciliazione dei coniugi, estingue il diritto di chiedere la separazione; essa induce pure l'abbandono della domanda che ne fosse stata proposta (art. 153).

Il coniuge per colpa del quale fu pronunziata la separazione, incorre nella perdita dei lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto matrimoniale, ed anche dell'usufrutto legale.

L'altro coniuge conserva il diritto ai lucri e ad ogni altro utile dipendente dal contratto di matrimonio, sebbene siano stati stipulati con reciprocità.

Se la sentenza di separazione è pronunziata per colpa di ambedue i coniugi, ciascuno di essi incorre nella perdita sopra accennata, salvo sempre il diritto agli alimenti in caso di bisogno (art. 156).

I coniugi possono di comune accordo fare cessare gli effetti della sentenza di separazione

a) o con un' espressa dichiarazione,

b) o col fatto della coabitazione,

senza che sia necessario l'intervento dell' autorità giudiziaria (art. 157).

Il Tribunale che pronunzia la separazione, dichiarerà quale dei coniugi

furono in seguito riprovate, anzi dal principiare del IV periodo in poi, furono comminate delle pene contro le medesime; la legislazione di Augusto era intesa a moltiplicare i matrimoni: le posteriori a tutelare gli interessi dei figli di primo letto, sempre pregiudicati da un secondo matrimonio dei loro genitori; tanto è vero che se figli di primo letto non esistevano, le seconde nozze non facevano incorrere in pena alcuna.

§ 174. Le pene delle seconde nozze, o colpivano tanto il marito quanto la moglie, o la moglie soltanto.[1]

a) Pene comuni a' due coniugi erano:

1° La perdita a favore dei figli di primo letto della proprietà di tutti i beni provenienti dalla liberalità del primo coniuge, dei quali il binubo riteneva soltanto l'usufrutto finchè viveva (*cost.* 3, § 1, *cost.* 5, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *Nov.* 2, cap. 4 e *Nov.* 22, cap. 23, 24, 26; *Nov.* 98, 127, c. 3).

2° L'impossibilità giuridica nel binubo di lasciare per atto di ultima volontà, o di donare al nuovo coniuge più di quello che avesse lasciato o dato al meno beneficato fra i figli di primo letto (*cost.* 6, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *Nov.* 2, cap. 4; *Nov.* 22, cap. 22, 27, 28, 48).

3° L'impossibilità giuridica di minorare la dote o la donazione *propter nuptias* costituite in vista del secondo matrimonio, perocchè tal diminuzione potesse risolversi in una donazione a favore dell'altro coniuge, obbligato a restituire la dote o la donazione (*cost.* 19, *Cod. de donat. ante nupt.*, V, 3; *Nov.* 22, cap. 31.

4° L'obbligo del binubo di prestare cauzione a favore dei propri figli, che egli avrebbe restituito loro il legato o l'eredità fedecommessaria, lasciatigli con la condizione che li restituisse al ve-

debba tenere presso di sè i figli, e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione.

Può il tribunale per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata in un istituto di educazione, o presso terza persona (art. 154).

Qualunque sia la persona a cui i figli saranno affidati, il padre e la madre conservano il diritto di vigilare la loro educazione (art. 155).

[1] Pel Codice nostro, il genitore che passa a seconde nozze perde l'usufrutto legale sul peculio avventizio del figlio (art. 232). – Il binubo non può ricevere per testamento del nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che costui abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (art. 770). – Tali sono le pene comuni ai coniugi binubi. – Pena speciale alla donna binuba è quella contenuta negli articoli 237 e 238. Per questi articoli la madre che passa a seconde nozze può essere privata dell'amministrazione dei beni dei figli dal consiglio di famiglia da lei convocato (art. 237). E se essa passa a seconde nozze senza convocare detto consiglio, *perde di diritto* quell'amministrazione (art. 238).

rificarsi di un dato evento, o dopo un certo tempo (*cautio legatorum servandorum causa*), obbligo contradittorio al benefizio di legge, pel quale da quella cauzione di regola erano esonerati gli ascendenti (*cost.* 19, *Cod. de donat. ante nupt.*, V, 3; *Nov.* 22, cap. 11).

b) Pene che colpivano la donna soltanto, erano:

1° La perdita della tutela sui figli di primo letto, e della sorveglianza ed educazione di loro (*Nov.* 22, cap. 38 e 40; *Nov.* 94, cap. 2; *cost.* 1., *Cod. ubi pupillus*, V, 49).

2° L'impossibilità di revocare le donazioni fatte a favore di quei figli, allegando la loro ingratitudine, quando non fosse straordinaria (*cost.* 7, *Cod. de revoc. donat.*, VIII, 56; *Nov.* 22, cap. 38).

3° La limitazione del suo diritto di successione nell'eredità intestata di un figlio di primo letto, composta di beni d'origine paterna, (eredità cui concorreva coi fratelli o sorelle del defunto) all'usufrutto di quella porzione che altronde le sarebbe spettata in proprietà.

CAPITOLO V.

Relazioni giuridiche affini al matrimonio.

§ 175. Tali sono gli sponsali, il concubinato ed il contubernio.

I. Sponsali.

(*Dig.*, lib. XXIII, tit. 1, *de sponsalibus*; *Cod.*, lib. V, tit. 1, *de sponsalibus et arrhis sponsalitiis, et proxeneticis.*)

§ 176. Le Istituzioni imperiali non trattano degli sponsali; noi ne diremo nonostante qualche cosa, perchè nelle altre Fonti del nostro diritto se ne tratta assai diffusamente. Gli sponsali, giusta il fr. 1, *Dig. de sponsalibus*, sono: *mentio et repromissio nuptiarum futurarum.* La voce *sponsalia* deriva *a spondendo*, avvegnachè si contraessero un tempo con quella forma che chiamavasi *sponsio* (fr. 1, 2, 3, *Dig. h. t.*).

§ 177. In diritto Romano a concludere gli sponsali basta il mutuo consenso senza formalità alcuna (fr. 4, *Dig. eod.*). Chiunque può contrarre matrimonio, può pure celebrare sponsali; gli

impedimenti al matrimonio ostano eziandio agli sponsali (fr. 7, 10, 11, 15, 16, *Dig. h. t.*; fr. 60, § 5, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2). Ma quelli impedimenti, che sono transitori, come l'impubertà, o un uffizio pubblico temporario, non ostano (fr. 14, *Dig. h. t.*; fr. 38 *pr.*, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost. un.*, *si rector provinciæ,* V, 2). Dagli sponsali non nasce il diritto di costringere all'effettuazione del matrimonio (*cost.* 1, *Cod. h. t.*), e tanto si vuole libera la volontà di chi è per contrarlo, che la stipulazione di una penale apposta agli sponsali pel caso di rifiuto a concluderlo effettivamente, è nulla (fr. 71, § 1, *Dig. de condit. et demonstrat.,* XXXV, 1; fr. 134 *pr.*, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; *cost.* 5, *Cod. h. t.*). Nonostante solevano i fidanzati darsi delle caparre (*arrhæ sponsalitiæ*) e farsi dei donativi (*munera sponsalitia*); e quello fra i fidanzati che senza giusta ragione si fosse ritratto dagli sponsali, perdeva ciò che aveva dato o regalato, doveva restituire ciò che aveva ricevuto, e se aveva ricevuto una caparra, doveva restituire il duplo (*cost.* 15, *Cod. de donat. ante nupt.*, V, 3; *cost.* 3 e 5, *Cod. de spons.*, V, 1), ammenochè non si fosse trattato di una fidanzata in età minore, la quale doveva restituire soltanto il simplo, *cost.* 5, *Cod. de spons.,* V, 1).[1]

§ 178. Gli effetti degli sponsali erano:

a) un ostacolo ad altri sponsali o ad altro matrimonio, innanzi che fossero sciolti quei primi; chi non attendeva a questo ostacolo, incorreva nell'infamia (fr. 1, *Dig. de his qui not.,* III, 2):

b) l'obbligo della fedeltà, la mancanza alla quale era rassomigliata all'adulterio (*cost.* 5, *Cod. de spons.*, V, 1; fr. 13, § 3, 8, *Dig. ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5).

c) Il diritto nel fidanzato di perseguitare in giudizio l'autore delle ingiurie fatte alla sua fidanzata, appunto come il marito può

[1] Il Codice Civile italiano contiene poche disposizioni relativamente agli sponsali, che indica sotto il titolo *promessa di matrimonio* (art. 53 e 54).

Così per questo Codice, come per diritto Romano, la promessa scambievole di futuro matrimonio, non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima (art. 53).

Se la promessa fu fatta per atto pubblico o per iscrittura privata da chi sia maggiore di età, o dal minore autorizzato dalle persone il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio, oppure se consta delle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, il promettente che ricusi di eseguirlo, senza giusto motivo, è obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio.

La domanda però, non è più ammissibile *dopo un anno, dal giorno* in cui la promessa doveva essere eseguita (art. 54).

vendicare le ingiurie fatte alla moglie, (fr. 15, § 24, *Dig. de injuriis,* XLVII, 10).

d) Il diritto dei fidanzati, di non esser chiamati a deporre in giudizio a carico l'uno dell'altro (fr. 5., *Dig. de test.*, XXII, 5).

e) Una specie di affinità fra un fidanzato ed i congiunti dell'altro, *quasi affinità*, ostacolo al matrimonio (*Inst.*, § 9, *de nuptiis*, I, 10; fr. 12, § 1, 2, *de ritu nupt.*, XXIII, 2).

§ 179. Gli sponsali si sciogliesvano:

1° Per la morte di uno dei fidanzati.

2° Per impedimento al matrimonio, sopravvenuto dopo la conclusione degli sponsali.

3° Pel mutuo consenso delle parti (*repudium voluntarium*).

4° Per la mutata volontà di una delle parti, *repudium necessarium,* (fr. 101, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Questo mutamento di volontà, se era capriccioso, portava l'obbligo di indennizzare l'altra parte, che non avrebbe voluto sciogliere gli sponsali; capriccioso non sarebbe stato, ma anzi ragionevole ed approvato dalle leggi, se l'uno dei fidanzati si fosse fatto colpevole di infedeltà, o di qualche delitto, o in genere se avesse potuto essere rimproverato di *turpis, vel prodiga, vel impudica conversatio,* se si assentava lungamente, se mutava religione ec. ec., (*cost.* 2, 5, *Cod. de sponsal.*, V, 1; *cost.* 2, *Cod. de repud.,* V, 17; *cost.* 56 *pr.*, *Cod. de episcop.*, I, 3; fr. 17, *Dig. de spons.*, XXIII, 1).

II. Del concubinato.

(*Dig.*, lib. XXV, tit. 7, *de concubinis; Cod.*, lib. V, tit. 26, *de concubinis.*)

§ 180. La voce *concubinatus* esprime una lecita e costante unione sessuale di un uomo e di una donna, ma senza l'*animus matrimonii,* senza la *maritalis affectio;* la potremmo dire con frasi testuali *licita consuetudo, non causa matrimonii* (*cost.* 5, *Cod. ad senatusc. Orphit.,* VI, 57; fr. 34, *Dig. ad legem Jul. de adult.*, XLVIII, 5). Nei primi tempi di Roma ignominioso ed illecito era il concubinato; e *pellices* dicevansi le donne che vi si abbandonavano (fr. 144, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), ma in seguito fu permesso, e forse dalla *lex Julia et Papia Poppea,* la quale intendeva con ogni

mezzo ad aumentare la popolazione (fr. 1, 2, 3, § 1, *Dig. h. t.;* fr. 144, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

§ 181. Il concubinato generalmente era contratto con delle donne manomesse, o di pessima reputazione, o con delle schiave (fr. 1, *Dig. h. t.*). Un' ingenua, donna onesta, di illibato costume non presumevasi vivesse in concubinato; perchè constasse di questa sua volontà, era necessaria un'espressa dichiarazione di lei, e per quella perdeva l'*existimatio* (fr. 3, *Dig. h. t.;* fr. 41, § 1, *Dig. de ritu nupt.,* XXIII, 2; fr. 13 *pr.*, *Dig. ad legem Jul. de adult.*, XLVIII, 5).

§ 182. Alcune analogie presentava il concubinato col matrimonio; come questo, era un legame esclusivo: infatti chi era congiunto in matrimonio, non poteva vivere in concubinato, nè era lecito avere più di una concubina (Paolo, II, 20; *cost. un.*, *Cod. h. t.*; *cost.* 3, *Cod. com. de manum.*, VII, 15). La infedeltà della concubina liberta al suo patrono, era punita come adulterio, nè essa poteva separarsene a malgrado di lui. La principale differenza fra matrimonio e concubinato, stava nell'intenzione: *concubina ab uxore, solo dilectu separatur* (Paolo, II, 20; fr. 11, *Dig. de divortiis,* XXIV, 2), *concubinam ex sola animi destinatione, æstimari oportet* (fr. 4, *Dig. h. t.*); laonde se mancava la *maritalis affectio*, non esisteva matrimonio, sibbene concubinato.

§ 183. Il concubinato cessava quando ambedue le parti volevano, e ancora quando una sola di esse avesse desiderato porvi termine (fr. 1, *Dig. h. t.*) e per scioglierlo non occorreva nessuna formalità; quello scioglimento non era un divorzio, nè un repudio. Si scioglieva *ipso jure* per demenza di una delle parti, all'infuori del caso che la concubina divenuta demente, fosse una liberta della persona con la quale viveva in concubinato (fr. 2, *Dig. h. t.*). Poteva essere trasformato in matrimonio, ma allora era necessario redigere degli istrumenti nuziali, che attestassero cotale trasformazione. Dal concubinato non nasceva patria potestà: l'uomo non era *vir*, la donna non era *uxor:* non dote, nè donazione *propter nuptias* lo accompagnavano. I figli nati da concubinato erano figli *illegittimi,* non erano *justi liberi,* erano *naturales liberi,* ma non potevano essere parificati agli *spurii,* o *vulgo concepti;* come costoro seguitavano la condizione della madre, perchè *liberi quasi sine patre* ed erano cognati dei cognati di lei (*cost.* 5, *Cod. ad S. C. Orphitianum,* VI, 57); tuttavia potendo accertarsi chi fosse il

padre loro (per quella cotale stabilità, che aveva il concubinato da cui nascevano), fu ammesso che potessero esigere dal padre stesso gli alimenti, e che li dovessero prestare a lui in caso di sua estrema miseria. Poi gli imperatori cristiani permisero di legittimarli; Valentiniano I dichiarò lecito lasciare ad essi una parte dei propri beni (*cost.* 4, *Cod. Theod. de natural. lib.,* IV, 6), e finalmente dopo molte oscitanze dei suoi predecessori (vedi *cost.* 5, 6, 7 e 8, *Cod. Theod., eod. tit.*), Giustiniano accordò loro un diritto, sebbene limitato, di succedere nei beni del padre morto senza far testamento (*Nov.* 18, cap. 5; *Nov.* 89, cap. 12; *cost.* 8 e 12, *Cod. h. t.*, V, 27). Ma il concubinato, inviso come era alla Chiesa cristiana, finì per essere abolito da Basilio, e Leone il filosofo, suo figlio, confermò l'abolizione paterna (*Nov. Leonis,* 91). Cessò dunque di essere, come era stato, un'istituzione tollerata dalle leggi, e non punibile (*extra legis pœnam est,* fr. 3, § 1, *Dig. de concubinis,* XXV, 7), e divenne un'unione riprovata dalla pubblica opinione e dalla Chiesa.

III. Del contubernio.

§ 184. *Contubernium* è l'unione sessuale stabile degli schiavi fra loro, o con persone libere (fr. 35, *Dig. de ædil. ed.,* XXI, 1; fr. 59 *pr.*, *de manum. test.*, XL, 4; Paolo, II, 19, 6; *cost.* 4, *Cod. de dolo,* II, 21; *cost.* 3 e 29, *Cod. de lib. causa,* VII, 16). Esso non produceva effetti giuridici (*cost.* 29, *Cod. de lib. causa* VII, 16; *cost.* 23 e 24, *Cod. ad leg. Jul. de adult.,* IX, 9): soltanto si doveva cercare di non separare i servi uniti in contubernio (fr. 35, *Dig. de ædil. edict.*, XXI, 1). La parentela che ne resultava comunque non fosse vera parentela riconosciuta dalla legge (*Instit.*, § 10, *de gradibus cognat.*, III, 6), pur tuttavia creava un ostacolo al matrimonio, che i servi dopo la loro manomissione avessero voluto contrarre con persone cui in conseguenza di quel contubernio fossero stati uniti per vincoli di sangue o di affinità (*Inst.*, § 10, *de nuptiis,* I, 10; fr. 8; fr. 14, § 2, 3; fr. 56, *Dig. de ritu nupt.* XXIII, 2; *cost.* 4, *Cod. de nuptiis,* V, 4). E le relazioni fra padre e figlio derivate da *cognationes serviles* erano, come vedemmo, riconosciute quale *justa causa manumissionis ex lege Ælia Sentia.*

PARTE IV.

Del mancipium.

§ 185. *Mancipium* è parola, che nel suo originario significato esprime tutto ciò che è obietto della proprietà romana, e talora la proprietà medesima; poi fu adoperata a designare le persone che erano in proprietà di un'altra, e specialmente gli schiavi; ma in un' accezione specialissima indicò *la potestà del paterfamilias sull'uomo libero, del quale aveva acquistato la proprietà, mediante la mancipatio.*

§ 186. La persona in *mancipio,* era in una condizione se non uguale, almeno simile a quella dei servi, quasi transizione fra la libertà e la servitù: *mancipati, mancipatæve servorum loco constituuntur* (Gajo, I, 123). Infatti la persona in mancipio non perdeva i suoi diritti pubblici di uomo libero, ma questi rimanevano sospesi nel loro esercizio; i suoi figli già nati allorchè cadeva in mancipio, non erano nella *potestas* del suo padrone ma dell'avo, e cessato il *mancipium,* ritornavano nella sua potestà; il figlio nato durante il suo mancipio, rimaneva in una condizione incerta e sospesa (*pendet jus ejus*): se moriva in mancipio, il figlio diveniva *sui juris;* se invece era emancipato, ossia liberato dal mancipio, il figlio allora cadeva in sua potestà (Gajo, I, 135). Quando la persona in mancipio ricuperava la libertà, era *ingenuus,* come se non fosse mai stato in servitù; ed anche durante il mancipio poteva contrarre matrimonio. Ma per altra parte, finchè durava il mancipio, quelli che vi erano sottoposti, dovevano servire il padrone come schiavi; e ciò che acquistavano lo acquistavano per lui (Gajo, I, 123; II, 90, 160). Vero è bene che il padrone non poteva trattarli capricciosamente, nè abusare del suo potere, altrimenti sarebbe stato convenuto da loro con l'*actio injuriarum* (Gajo, I, 141), e doveva ancora tollerare che i creditori del *mancipium* escutessero i beni che costui aveva prima di cadere in mancipio, o che avrebbe avuto se non vi fosse caduto (Gajo, IV, 80). Come i servi, erano le persone in mancipio eredi *necessari* dei loro padroni; ma godevano del *beneficium abstinendi,* alla pari degli eredi *sui* (Gajo, II, 160); essendo assomigliati agli schiavi, chi li manometteva acquistava su di essi una specie di diritto di patronato, at-

talchè *per similitudinem patroni,* succedeva loro se morivano *ab intestato* e senza figli, e faceva da tutore ai figli di costoro, quando ne avessero lasciati dei superstiti impuberi; in seguito per altro, il pretore preferì a questa specie di patrono alcuni congiunti cui diede la *bonorum possessio unde decem personæ* (*Instit.*, § 3, *de bonor. posses.*, III, 9).

§ 187. Ignoriamo quali fossero precisamente tutte le cause per le quali si cadesse in mancipio, perocchè il fonte più abbondante di notizie, che su questo argomento noi abbiamo, sono le Istituzioni di Gajo, ed esse non ci somministrano quanto occorrerebbe per formarsi un' idea limpidissima di questa condizione delle persone; ciò nonostante *crediamo* che il mancipio si verificasse nelle circostanze che andiamo ad enumerare.

1° I figli nella *patria potestà*, la moglie nella *manus* del marito, venduti dal *paterfamilias* mediante la *mancipatio*, cadevano nel mancipio del compratore (Gajo, I, 117, 118).

2° I figli, che il padre dava in risarcimento ad un estraneo pel danno da essi recatogli, venivano ad essere nel mancipio di costui (*noxæ datio*). Ma, come abbiamo detto parlando degli effetti della *patria potestas* e della *manus*, ai tempi di Gajo la *mancipatio* del figlio e della moglie era divenuta una finzione per proscioglierli respettivamente dalla *patria potestas* e dalla *manus* del marito, e si faceva sempre col patto della *fiducia* (*fiduciæ causa*); la *mancipatio* per cagione *noxale* fu abolita assolutamente da Giustiniano; egli è per questo che del *mancipium* nel diritto Giustinianeo non si fa più menzione.

§ 188. Cessava il mancipio, mediante la *emancipatio*, che si faceva, come la *manumissio* del servo, per *vindictam*, per *censum*, per *testamentum;* emancipazione che non era sottoposta alle limitazioni introdotte dalle leggi *Ælia Sentia* e *Furia Caninia* (Gajo, I, 138, 139). Il mancipio poteva terminare *censu* ancora senza la volontà del padrone; vale a dire poteva la persona in mancipio esigere di essere ascritta al censo, come libera assolutamente. Ciò si sarebbe verificato, quando l'origine del mancipio essendo un abbandono *noxale,* la persona così abbandonata avesse guadagnato al padrone una somma uguale al danno arrecatogli (Gajo, I, 140), e quando la *mancipatio* fosse stata fatta *fiduciæ causa*, cioè affinchè il mancipato fosse dal compratore *emancipato* (Gajo, I, 140).

§ 189. In condizioni analoghe alle persone in mancipio, erano. l'*auctoratus*, il *redemptus*, il *nexus*, l'*addictus* e finalmente il *colonus*. Non è inutile di dire sebbene con brevità, qualche cosa di tutte queste diverse condizioni delle persone, condizioni intermedie fra la libertà e la servitù.

a) *Auctoratus*.

§ 190. Così chiamavasi colui che si era ingaggiato con un impresario di spettacoli gladiatorii (*lanista*), mediante giuramento di combattere qual gladiatore, in correspettività di una mercede (*auctoramentum*). L'*auctoratio* non faceva cadere in servitù (GAJO, III, 199), ma il *lanista* poteva tenere in custodia l'*auctoratus*, durante il tempo del suo impegno; e come uno schiavo poteva reclamarlo mediante l'*actio furti* (GAJO, III, 199). Costantino avendo proibito questi spettacoli sanguinosi, nei quali gli *auctorati* si sottoponevano *uri*, *vinciri*, *verberari*, *ferroque necari*, dopo il suo regno non si parlò più di *auctoratio* (*cost. un.*, *Cod. de gladiat.*, XI, 43).

b) *Redemptus*.

§ 191. Tale era il nome dato al cittadino romano fatto prigioniero dal nemico, e che era riscattato da un suo compatriotta, non con l'intenzione di usargli una liberalità, ma di essere rimborsato da lui del prezzo del riscatto. La *redemptio ab hostibus* non cagionava *capitis diminutio*; la donna *redempta* poteva essere sposata in *justæ nuptiæ* (fr. 21, *Dig. de captivis*, XLIX, 15); ma il *redemptus*, sebbene *jure postliminii* fosse ritornato in patria ingenuo, restava in una specie di *potestas* del *redemptor* (fr. 20, § 1, *Dig. qui testam. fac poss.*, XXVIII, 1), o per meglio dire era in pegno presso costui, finchè non lo aveva rimborsato, e questo diritto di pegno poteva perfino essere ceduto (fr. 19, § 9, *Dig. de captivis*, XLIX, 15). Onorio poi ordinò che il *redemptus* dopo aver servito per cinque anni il *redemptor*, dovesse considerarsi come assolutamente indipendente da lui, comunque non avesse potuto in quel tempo rimborsarlo (*cost.* 20, *Cod. de postlim.*, VIII, 15).

c) *Nexus.*

§ 192. Fu voce che indicò, come già dicemmo nella nostra breve istoria esterna del diritto Romano (periodo II, § 72), il debitore che si era mancipato, ossia dato *per æs et libram* in pegno al creditore, in sicurezza del suo credito, o per scontare i debiti che aveva verso di lui: ma mancipato *cum fiducia,* cioè col patto che sarebbe stato emancipato, pagato il debito, o scontatolo con le sue opere. Il *nexus* non perdeva la qualità di uomo *ingenuo:* i suoi diritti politici non pare che fossero sospesi, nè i suoi legami di agnazione troncati: nulladimeno era in proprietà del creditore, proprietà revocabile, e limitata quale era quella che aveva per obietto un uomo libero, ma pur sempre proprietà. Ordinariamente il creditore che aveva accettato l'oppignorazione della persona del debitore, lo lasciava in stato di libertà fino alla scadenza del debito; ma questo scaduto e non pagato, il creditore aveva la *manus injectio* sulla persona del debitore, lo conduceva in casa propria, e lo impiegava in lavori servili, finchè non avesse guadagnato tanto da saldare il debito, nei quali lavori e con lo stesso scopo, e fino al medesimo punto, impiegava il debitore che gli si era, non oppignorato, ma dato in sconto del suo debito.

d) *Addictus.*

§ 193. Il debitore condannato *in judicio* dall'*judex,* o il debitore che aveva confessato il suo debito *in jure* dinanzi al magistrato, se nei trenta giorni dopo la sentenza (*tempus judicati*) non pagava, il creditore aveva su di lui la *manus injectio judicati*, lo conduceva dinanzi al magistrato, e se ivi non dava un mallevadore (*vindex*), era aggiudicato (*addictus*) al creditore (Gajo, IV, 21). L'*addictus* era uno schiavo di fatto, sebbene giuridicamente conservasse il suo *status*. Questa sua condizione durava sessanta giorni per dargli agio di accomodarsi col proprio creditore; in questo spazio di tempo l'*addictus* abitava la casa di quello, vi stava in una specie di schiavitù di fatto, in ceppi, e con un trattamento che la legge decemvirale fissava. In cotale intervallo doveva essere condotto per tre volte consecutive ed

in giorni di mercato sulla piazza pubblica (*comitium*); ivi si proclamava il suo debito, e si invitava chiunque a pagarlo. Tornata inutile la terza proclamazione, il creditore poteva venderlo come schiavo all'estero (*trans Tiberim*). Qualora più fossero stati i creditori che avevano ottenuto l'aggiudicazione del debitore comune, la legge delle XII Tavole dichiarava: *tertiis nundinis, partes secanto;* parole dalle quali apparisce che essi potessero dividersi il debitore in brani. Ed è questa l'interpretazione che dai più si dà alle medesime, sebbene non manchino scrittori i quali ritengono quelle parole *partes secanto,* stessero a significare che potessero dividersi i beni dell'aggiudicato. Ma ove si rifletta che l'*esecuzione personale* era nei primi tempi di Roma la sola praticata, che la *esecuzione reale* fu ammessa dalle leggi molto dopo; ove si avvertano le espressioni che nel descrivere questi fatti adoperano Gellio, Quintiliano, Tertulliano e Dione Cassio (*Noct. att.*, XX, 1; *Instit. orat*, III, 6; *Apolog.*, c. 4; *Excerpt. vatic.*, n. 12), saremo obbligati ad ammettere, sebbene repugni ad ogni senso di umanità, che le espressioni della legge decemvirale vanno intese letteralmente. Dopo la *lex Pœtilia* (secondo altri *Pœtelia*) *Papiria*, e più dopo che furono mutate le antiche forme della procedura, non vi furono più *nexi* nè *addicti:* i debitori insolventi subirono una semplice carcerazione per debiti finchè non pagavano (Gajo, IV, 25), la quale negli ultimi tempi dovè espiarsi nelle pubbliche prigioni (*cost.* 1, *Cod. de privat. carcer.*, IX, 5).[1]

[1] Il Codice Civile italiano ammette l'arresto personale in parecchi casi eccezionali, che enumera tassativamente, e nei quali l'arresto, oltre l'avere il carattere di mezzo di costringimento all'esecuzione di un' obbligazione, ha anche il carattere di punizione dovuta a fatti, che sono se non veri e propri reati, azioni illecite e fino ad un certo punto meritevoli di pena. In questo, il Codice Civile è molto superiore al Codice di Commercio, che ammette l'arresto personale come un mezzo di costringimento a pagare, senza curarsi se il debitore insolvente meriti o no, la perdita della libertà.

Aggiungasi ad elogio del Codice Civile nostro, che l'arresto personale ivi ammesso, non può essere ordinato che dal giudice, e con la stessa sentenza che pronunzia la condanna (art. 2101); non può essere ordinato, di regola, che sulla istanza della parte interessata, e nei casi e nelle forme determinate dalla legge (art. 2093); e che qualunque convenzione per la quale taluno si sottoponesse all'arresto personale in casi diversi da quelli dalla legge ricordati, sarebbe nulla, come contraria alla libertà personale, bene inalienabile (cit. art. 2093).

Il Codice ha pure lodevolmente limitata la durata dell'arresto, che non può essere maggiore di due anni, come non minore di tre mesi; ed ha voluto che l'autorità giudiziaria nel fissare quella durata, tenga conto delle *circostanze del fatto* e del *valore* della obbligazione (art. 2102). Inoltre riconoscendo nell'arresto quel carattere di penalità di cui poco sopra parlavamo, ha applicato al medesimo i principii più umani sul concorso di più pene, prescrivendo che il debitore il quale ha subìto l'arresto personale, non possa più essere arrestato o ritenuto per debiti contratti prima del suo arresto, ed esigibili al tempo

e) *Colonus.*

§ 194. È l'uomo associato indivisibilmente ad un fondo rustico, qual coltivatore del medesimo. I *coloni* chiamati ancora *agricolæ, rustici,* in conseguenza della loro condizione: *inquilini, servi terræ, glebæ inhærentes*, per la loro annessione a certi fondi: e finalmente *adscriptitii, censiti, tributarii*, per ragione della tassa personale o testatico che dovevano pagare: sebbene fossero uomini liberi, pure venivano trattati quali servi della gleba (*licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sunt, existimentur; cost. un., Cod. de col. Thrac.*, XI, 51). L'origine del colonato sembra, debba attribuirsi all'uso

del suo rilascio, salvo che per tali debiti siavi luogo ad arresto più lungo di quello che ha già sofferto, del quale però ha voluto gli sia tenuto conto nel computare la durata del nuovo arresto (art. 2103). Ha perfino abilitato il debitore a liberarsi dall'arresto personale, quando paghi *un quarto* della somma dovuta con gli accessori, e dia sul resto una cautela, che sia riconosciuta sufficiente dall'autorità giudiziaria (art. 2104).

Considerando poi, come la perdita di un bene così prezioso qual'è la libertà, sia pure per tempo breve, non può essere decretata che per un debito di qualche rilievo, ha vietato l'arresto per una somma principale minore di L. 500 (art. 2096). - Per un riguardo dovuto alla debolezza del sesso e dell'età, ha vietato l'arresto contro i minori, le donne (salve le disposizioni del Codice di Commercio) e contro coloro che hanno compiuto l'età di 65 anni (art. 2097, n° 1 e 2). Ed in conseguenza dell'elemento di penalità che è nell'arresto, ha saviamente voluto che tal penalità colpisca la sola persona del colpevole; e perciò ha vietato l'arresto contro gli eredi del debitore (art. 2097, n° 3) - e contro la moglie che si è obbligata in solido col marito (art. 2099), reputando forse che siasi obbligata per coazione del marito.

Essendo immorale che stretti congiunti si facciano a richiedere contro stretti congiunti un mezzo di costringimento, che insieme è una pena, il Codice ha vietato l'arresto contro il debitore a profitto del coniuge, degli ascendenti e dei discendenti, dei fratelli e delle sorelle, degli affini nello stesso grado, degli zii e nipoti (art. 2098).

L'articolo 2094 enumera i casi nei quali l'arresto personale (sull'istanza della parte interessata) *sarà ordinato*, e sono i seguenti:

1° Contro il debitore per l'adempimento di obbligazioni che derivano da *violenza*, da *dolo*, o da *spoglio* (di cui ben inteso, egli si fosse reso colpevole), ancorchè il fatto non costituisca un reato.

2° Contro colui che ha volontariamente contravvenuto ad inibizioni giudiziali per l'adempimento delle obbligazioni assunte col fatto della trasgressione; in altri termini per costringerlo a adempire le obbligazioni nelle quali è incorso col fatto della trasgressione all'inibizione giudiziale.

3° Contro colui che nell'esercizio di pubbliche funzioni, o per giudiciale incarico, ha in proprio potere documenti, carte, danari, ed altri oggetti, per il diniego dell'ordinata esibizione, consegna o restituzione dei medesimi.

L'arresto personale (per l'articolo 2095) *può anche essere ordinato* dall'autorità giudiziaria (sempre sull'istanza della parte interessata (art. 2093) e valutate le circostanze del caso contro i contabili verso lo Stato, le provincie, i comuni, gli ospizi ed altri pubblici stabilimenti, come pure i loro agenti e preposti, per danari ed oggetti di cui fossero dichiarati responsabili, *ancorchè non siavi dolo*. - E quest'ultimo inciso anderebbe tolto dal Codice; ma a ciò può provvedere l'autorità giudiziaria, non ordinando l'arresto in mancanza di dolo.

antichissimo, che i padri di famiglia ebbero in Roma di dividere i loro servi in una *famiglia urbana* ed in una *famiglia rustica* (vedi sopra, § 88 in fine). I servi componenti la *famiglia rustica* erano dal padrone costantemente tenuti in campagna, non venivano mai richiamati a prestar servizio in città, a poco a poco i padroni li considerarono quasi come un accessorio inseparabile dei fondi, alla cultura dei quali erano stati destinati, e nella quale si erano sempre occupati. Poi per farseli sempre meglio bene affetti, e così più solerti ed attivi nel lavoro, senza soverchio pregiudizio del padronale interesse, presero a manometterli, ma con la condizione che rimanessero perpetuamente addetti alle terre, che fino allora avevano come schiavi coltivate; e pagassero un annuo canone (*annua functio*) pel godimento del terreno su cui stanziavano, canone che pagavano in natura, cioè con grasce, frutta e simili e non in danaro (vedi *la dissertazione del* Savigny *sul Colonato Romano, fra i suoi Ragionamenti istorici*). La legge ridusse in istituzione giuridica questa consuetudine, non sappiamo precisamente in quale epoca, ma probabilmente nel principiare del III secolo dell'èra cristiana (Paolo, III, 6, 48; Ulpiano, fr. 4, § 8, *Dig. de censibus*, L, 15; Marciano, fr. 112 *pr.*, *Dig. de legatis*, I, 30). Riconosciuto il colonato dalla legge, coloni vollero divenire molti uomini liberi, che la miseria e l'impotenza di sopperire al proprio sostentamento consigliavano a subire questa specie di servitù, ma mite, e preferibile di gran lunga a quello stato di isolamento e di povertà in cui si trovavano per l'avanti. Dei vagabondi e dei mendicanti, furono ancora per misura di polizia fatti coloni. Sottomessi dai Romani molti paesi barbari, gli abitanti furono trasportati sui latifondi appartenenti ai più cospicui proprietari romani, ed ivi ridotti alla condizione di coloni, col loro lavoro, supplirono ai bisogni dell'agricultura tanto trascurata, massime per la mancanza di uomini liberi, attirati nelle città dalla corruzione generale, e dalla vita oziosa ed a buon mercato che vi potevano condurre. Costantino si occupò di questa nuova istituzione, e ne curò l'esplicamento. Teodosio II la estese a nuovi paesi (*cost.* 3, *Cod. Theod. de bon. milit.*, V, 4); la Gallia, la Tracia, l'Illiria, e poi la Palestina ne furono principalmente la sede (vedi *i Tit. del Codice: de colonis Thracensibus*, XI, 51 ; *de colonis Illyricianis*, XI, 52; *de colonis Palestinis* XI, 50).

§ 195. Coloni si nasceva, o si diveniva:

a) *Nasceva* colono (e questi coloni per nascita si chiamavano *originarii*) il figlio di una colona, qualunque fosse la condizione del padre (*cost.* 16, 21, 24, *Cod. de agric.*, XI, 47; *cost. un.*, *Cod. Theod. de inquil.*, III, 10). I figli di coloni dipendenti da diversi padroni, da Giustiniano furono dopo qualche oscitanza della legislazione (*cost. un.*, *Cod. Theod. de inquil.*, V, 10; *cost.* 3, *Cod. Just. ut nemo ad suum patrocin.*, XI, 53), dichiarati per metà dell'uno, e per metà dall'altro di quei due padroni; se non che in caso di numero dispari, il padrone della madre ne aveva uno di più (*Nov.* 156, cap. 1; *Nov.* 162, c. 3). I figli che un colono aveva da una donna libera, chiamavansi *coloni liberi*, ma furono sempre legati o vincolati alla gleba (*Nov.* 162, c. 2).

b) *Divenivasi* colono: 1° per contratto, fatto col consenso dell'autorità, e registrato al catasto (*cost.* 22, *Cod. de agric.*, XI, 47), 2° per prescrizione, vivendo cioè durante 30 anni come *colono* (*cost.* 18 e 22, *Cod. eod.*), 3° per volontà del padrone: i servi potevano essere trasformati in coloni, ma la loro dipendenza e connessione con la gleba era irrevocabile solo dal momento in cui si inseriva nel catasto o registro delle imposte, il loro nome e la nuova condizione loro (*cost.* 2, *Cod. eod.*), 4° per condanna (*cost.* 1, *Cod. de mendic. valid.*, XI, 25) o per meglio dire per misura di polizia contro i vagabondi ed i mendicanti, 5° per ragione di conquista del popolo romano sui barbari (*cost.* 3, *Cod. Theod. de bon milit.*, V, 4).

§ 196. I coloni rassomigliavano nella loro condizione agli schiavi in questo, che il padrone aveva diritto di punirli almeno per certi delitti (*cost.* 24, 52, § 5, 54, § 8, *Cod. Theod. de heret.*, XVI, 5), poteva rivendicarli ovunque, e la loro fuga era, come la fuga del servo, parificata ad un furto della propria persona (*cost.* 6, 12, 23 *pr.*, *Cod. de agricol.*, XI, 47); alla pari dei servi avevano un *peculio* che era quasi in proprietà del padrone del fondo, cui trovavansi addetti (*cost.* 2, *Cod. in quib. caus. col.*, XI, 49; *cost.* 18, *Cod. de agric.*, XI, 47), conciossiachè non potessero senza il consenso di lui nulla alienarne, ed egli rivendicandoli li rivendicasse in un con questo peculio (*cost.* 23, § 2, *de agric.*; *cost.* 1 e 2, *Cod. Theod. ne colon.*, V, 11). Contro il padrone non potevano i coloni intentare azioni, salvo che per un ingiusto aumento del canone, che gli pagavano (*superexactio*), o per ac-

cusarlo di qualche delitto (*cost.* 1 e 2, *Cod. in quib. caus. coloni*, XI, 49). – Differivano poi dai servi, in quanto che veramente il loro padrone era la gleba, ossia il fondo cui erano addetti (*servi terræ*) in modo indissolubile, e dal quale non potevano essere separati neppure dal padrone, se non nei casi indicati dalla legge (*cost. un.*, *Cod. de colon. Thrac.*, XI, 51; *cost.* 15, *Cod. de agric.*, XI, 47). Tutto al più un proprietario di diversi fondi poteva trasportarli dall'uno all'altro, purchè non separasse i membri della stessa famiglia; i quali avevano diritto di rimanere uniti, ancora quando lo stesso fondo, fra i già comproprietari fosse stato diviso (*cost.* 13, § 1, *Cod. de agric.*, XI, 47; *cost.* 11, *Cod. comm. utriusque jud.*, III, 38). I coloni erano capaci di contrarre validamente matrimonio, purchè non con donne libere (*cost.* 24, *Cod. de agric.*, XI, 47; *Nov.* 22, c. 17; *Nov.* 162, c. 2). – Il padrone non poteva togliere loro arbitrariamente ciò che acquistavano, e che faceva parte del loro peculio, peculio che trasmettevano per eredità ai loro successori (*cost.* 54, § 8, *Cod. Theod. de hæretic.*, XVI, 5; *cost. un.*, *Cod. Theod. de bon. cler.*, V, 3; *cost.* 1, *eod.*, *Cod. ne col.*, V, 11; *cost.* 20, *Cod. de episc.*, I, 3). I coloni pagavano allo Stato una tassa personale o testatico, che il padrone anticipava, onde il nome loro di *tributarii, censiti*, ec. Per cotali ragioni i coloni erano a miglior condizione dei servi; questi consideravansi anzi quasi come manomessi ove fossero ridotti nella condizione di quelli, onde il nome di *patronus* dato al *dominus* o *possessor* dei terreni, cui erano addetti i coloni (*cost.* 1, *Cod. Theod. ne colonus*, V, 11). – I *coloni liberi* poi, erano ancora in condizione preferibile a quella degli altri coloni, attalchè se si prescinde dal loro legame col fondo non soffrivano nessuna altra limitazione nell'esercizio dei loro diritti; quello che acquistavano lo acquistavano per sè, e ne avevano la libera disponibilità (*Nov.* 162, c. 2; *cost.* 18 e 23, § 1, *Cod. de agric.*, XI, 46; *cost.* 1, *Cod. de præd. Tamiacis.*, XI, 68).

§ 197. Cessava la qualità di colono:

1° per dignità episcopale, non per la professione religiosa, nè pel sacerdozio (*Nov.* 123, c. 4, 17).

2° per l'ascrizione alla milizia, fatta col consenso del padrone (*Nov. Valent.*, III, tit. 6, n. 1).

3° per donazione che il *patronus* facesse al colono del fondo

cui questi era addetto, preceduta dall'affrancazione della sua persona (*cost.* 21, *Cod. de agric.*, XI, 47). Giustiniano non permise che i coloni fossero prosciolti dal loro vincolo alla terra, mediante la prescrizione (di 30 anni se maschi, e di 20 se femmine), che prima di lui era ammessa (*cost. un.*, *Cod. Theod. de inquil.*, V, 10; *cost.* 23, *Cod. Just. de agric.*, XI, 47).

PARTE V.

Della tutela e della cura.

§ 198. La tutela e la cura nel più antico diritto Romano non erano, come nel diritto posteriore e nell'odierno, istituzioni di ordine pubblico, intese all'utilità dei sottoposti alle medesime; nel diritto Romano più antico invece, le funzioni di tutore e di curatore si esercitavano dal *paterfamilias* come un suo diritto, come una facoltà a lui vantaggiosa. Il più prossimo agnato di un impubere o di una donna rimasti *sui juris,* di un furioso o di un prodigo, essendo dalle leggi designato qual'erede di costoro, aveva interesse che il loro patrimonio per la loro incapacità ed inettitudine non andasse disperso: e la legge, appunto per questo riguardo, gli dava la facoltà come tutore e curatore di impedire quella jattura, con la sua sorveglianza, con la sua protezione e difesa. - Laonde questo diritto di fare da tutore e da curatore riconosceva la sua origine dal vincolo dell' *agnazione,* (vincolo che teneva unita la *famiglia civile* romana, vincolo che, come vedemmo, era una conseguenza della *patria potestà*); ed era un diritto sulle persone altrui, purchè persone *sui juris,* ed unite a chi lo godeva per relazioni di famiglia: era, in una parola, un diritto personale di famiglia. Fu il gius delle genti che modificò, o per meglio dire, trasformò la indole primitiva della tutela e della cura: e che di un diritto del *paterfamilias* agnato, le trasmutò in un *munus publicum* inteso a proteggere e difendere persone bisognose di quella protezione e difesa, per la immaturità degli anni, per la fralezza del sesso, pel dissesto delle facoltà intellettuali. - Le persone sottoposte a tutela od a cura, non furono mai considerate come persone dipendenti dal tutore e dal curatore, furono invece sempre persone *sui juris;* e sebbene nella primitiva legislazione romana, si chiamasse *po-*

testas il diritto che le leggi riconoscevano in taluno di far da tutore o da curatore, non era questa una *patria* nè una *herilis potestas*, una *potestas* di tale indole insomma, da cagionare una vera dipendenza del sottoposto. - In conseguenza di quest'idea, anche una persona *alieni juris* fu ammessa ad esercitare quella *potestas*, ed esercitarla potevano più persone insieme, a differenza della *patria potestas*, che era propria del *paterfamilias*, persona *sui juris*, e che era un diritto esclusivo, un diritto cioè che non ammetteva pluralità di subietti. La tutela nel diritto Antico, aveva per obietto gli impuberi e le donne: la cura i dementi ed i prodighi. In gius Nuovo la tutela delle donne è sparita; rimane la tutela degli impuberi, e la cura degli infermi di spirito o di corpo.

CAPITOLO I.

Della tutela.

§ 199. Gli *impuberes* e le *mulieres* erano, nel diritto Antico, sottoposti a tutela, quando erano indipendenti da qualunque *potestas, manus, mancipium;* i primi duravano in questo stato fino alla pubertà, le seconde in perpetuo. - Abbenchè la tutela delle donne sia cessata nel diritto Giustinianeo, e nelle Istituzioni imperiali non se ne faccia menzione, noi ne parleremo istoricamente, dopo aver detto della tutela degli impuberi.

a) **Tutela degl'impuberi.**

(*Instit.*, lib., I, tit. 13, *de tutelis; Dig.*, lib., XXVI, tit. 1, *de tutelis.*)

§ 200. La tutela degli impuberi fu definita da Servio Sulpizio, come: *vis* (o *jus*) *ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem suam se defendere nequit, jure civili data ac permissa* (*Instit.*, § 1, *h. t.*, I, 13; fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*, XXVI, 1). Le parole *vis* (o secondo lo Schrader, che seguita l'autorità di Teofilo, *jus*) *ac potestas*, con le quali comincia questa definizione, sono state diversamente interpretate. Vi fu chi sostenne che la voce *vis* indicasse il diritto sui beni, *potestas* il diritto sulla persona dell'impubere o pupillo. Altri invece pretesero, che la voce *vis* stesse ad esprimere il potere che in certi casi spetta al tutore

di agir solo, e la voce *potestas,* il diritto d'interporre la sua *auctoritas* agli atti del pupillo. Ma più vera sembra l'opinione del Vinnio, che ritiene quei due vocaboli come un pleonasmo, usato di frequente nel linguaggio giuridico, e del quale occorrono realmente più esempi nelle Fonti (*Instit. Imp.*, § 3, *de interdictis,* IV, 15; fr. 17, *Dig. de legibus,* I, 3). Quelle parole, non vuolsi pretermettere di notarlo, rappresentano l'antico concetto della tutela, che essa cioè fosse un diritto del tutore, anzichè un *munus publicum*, ed una paternità artificiale stabilita nell'interesse del pupillo; in gius Nuovo, dunque, sono un anacronismo. La tutela è detta *vis ac potestas, in capite libero,* vale a dire sopra una persona indipendente dalla *herilis potestas*, dalla *patria potestas,* dalla *manus* e dal *mancipium*, sopra una persona *sui juris.* Le persone *alieni juris* non erano nella *potestas* del tutore, erano invece nel potere di qualche *paterfamilias.* Si dice che la tutela è intesa *ad tuendum,* cioè a proteggere, e tale è il carattere che rimane alla tutela in gius Nuovo, onde coloro che la esercitano diconsi *tutores,* quasi *tuitores,* protettori (*Instit.*, § 2, *h. t.*, I, 13). Si aggiunge, che la tutela è intenta a proteggere *eum qui propter ætatem se defendere nequit*, e con questo si manifesta trattarsi della tutela degli impuberi, e si esclude la tutela del sesso. Termina la definizione in esame col dire: *jure civili data ac permissa,* mediante le quali parole si indica: in primo luogo, che questa istituzione della tutela degli impuberi è governata dal diritto civile, e perciò è propria dei soli cittadini romani; in secondo luogo, che talvolta era data dalla legge stessa, come quella deferita agli agnati: talvolta era solamente permessa, come quella che la legge permette al padre di dare per testamento, e che poi permise al giudice di deferire per decreto.

§ 201. Per far luogo alla tutela è necessario:

a) che la persona, la quale deve sottostare alla medesima, sia impubere, vale a dire che non abbia compiuto i 14 anni se maschio, i 12 se femmina (GAJO, I, 196; ULP., XI, 28; *Inst. pr., quibus mod. tut. fin.*, I, 22; *cost.* 3, *Cod. quando tut. esse desin.*, V, 60);

b) che sia una persona *sui juris*, vale a dire libera e indipendente da qualunque *potestas*, e specialmente dalla *patria potestas*, in altri termini, che sia un *pupillus* (fr. 239, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 19, § 2, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2). A chi ha, padre non si dà tutore: *patrem habenti, tutor non datur* (fr. 239,

Dig. de verb. signif., L, 16), perchè, vivente il padre, il figlio è abbastanza da lui difeso, e da lui dipende. Tutore non si dà al servo, nè al peregrino; non al servo (fr. 17, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5) perchè questi è nella *herilis potestas;* non al peregrino, perchè la tutela è un' istituzione del diritto Civile Romano. Il peregrino aveva un tutore secondo le leggi del suo paese, non secondo le leggi romane;

c) che sia una persona già nata. Al ventre pregnante si dà curatore, non tutore (fr. 20, *Dig. de tut. et curat. dat.,* XXVI, 5; fr. 1, § 17, 24, *Dig. de ventre in poss. mitt.*, XXXVII, 9; fr. 8, *Dig. de curat. furios.,* XXVII, 10). Tuttavia è permesso al padre di assegnare al postumo un tutore mediante testamento, ma questo tutore non entra in ufficio finchè il figlio nascituro non viene alla luce. Affinchè al postumo possa essere nominato un tutore per testamento, è necessario, che suppostolo nato nel momento in cui fu fatto il testamento, egli fosse in potestà del testatore, e che nascendo nasca *sui juris* (Gajo, 1, 147; *Inst. Imp.*, § 4, *h. t.*, I, 13; *cost.* 1, *Cod. de test. tut.*, V, 28; fr. 1, § 1; fr. 5, fr. 6, fr. 19, § 2, *Dig. eod.*, XXVI, 2).

§ 202. Il tutore si dà alla *persona,* il curatore alle *cose.* Spiegheremo in seguito il vero significato di queste espressioni. La persona nominata a tutore non si può ricusare di assumerne le funzioni, perchè la tutela è un *munus publicum*, cioè un onere cui deve per legge di pubblico interesse, qualunque cittadino sobbarcarsi (*Instit. prin.*, *de excusat. tut.*, I, 25; fr. 18, e 214, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). La tutela essendo un' istituzione di ordine pubblico, il pupillo non può ricusarsi a subirla.

I. Specie della tutela.

§ 203. Tre specie di tutela conosce il diritto Romano; *a*) *testamentaria, b*) *legittima, c*) *dativa.*

A) Tutela testamentaria.

(*Instit.*, lib. I, tit. 14, *qui testamento tutores dari possunt; Dig.,* lib., XXVI, tit. 2, *de testamentaria tutela;* tit. 3, *de confirmando tutore vel curatore; Cod.*, lib., V, tit. 28; *de testamentaria tutela;* tit. 29, *de confirmando tutore.*)

La tutela testamentaria è quella *che il padre o l'avo per testamento, o per codicillo confermato da testamento, impongono*

ai figli o nipoti sottoposti alla loro potestà, e che per la loro morte divengono sui juris (fr. 3, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; fr. 1 *pr.*, § 2; fr. 4, fr. 6 e 16, *Dig. eod.*; fr. 1; § 1, *de confirm. tut.*, XXVI, 3). Questa tutela deriva dalle famose parole della legge Decemvirale: *paterfamilias uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto.* I padri di famiglia, avendo la proprietà dei figli, come potevano per testamento disporre delle cose proprie (*legare*), così potevano nel testamento medesimo assegnare un tutore ai figli loro.

§ 204. Soltanto il *paterfamilias*, cioè chi ha la *patria potestas, poteva nominare un tutore per testamento:* non lo potevano la madre, l'ava, il fratello, la sorella. Ai tempi di Papiniano, fu accordato alla madre ed anche a qualunque estraneo, di nominare un tutore per testamento, quando con questo avessero istituito erede il pupillo, ma la tutela deferita da costoro abbisognava di conferma del magistrato; la quale veniva accordata dietro un'inquisizione sulla moralità, l'attitudine e la solventezza della persona nominata (fr. 4, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; fr. 1, § 1 e 2, fr. 2, 4, 5, *Dig. de confirm. tut.*, XXVI, 3; *cost.* 4, *Cod. de test. tut.*, V, 28; *cost.* 1, *Cod. de confirm. tut.*, V, 29).

§ 205. Tutore testamentario *poteva essere nominato* unicamente alle persone sottoposte alla patria potestà del testatore, purchè *impuberi,* e tali *che per la morte del medesimo non fossero per cadere in potestà di alcuno.* Se il figlio è pubere, non ha bisogno di tutore. L'avo non può nominare per testamento un tutore ai propri nipoti *ex filio,* se per la morte di lui, cadono in potestà del padre loro. Tutore in gius antico non poteva essere nominato per testamento ai figli *emancipati,* perchè non più sotto la potestà del testatore; poi si ammise che se il padre avesse nominato loro un tutore, questa nomina potesse essere confermata dal magistrato, *ma senza bisogno di antecedente inquisizione* (*Inst.*, § 5, *de tutelis;* fr. 4, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; fr. 3, *Dig. de conf. tut.,* XXVI, 3). In gius Nuovo, tutore si può nominare ai figli *naturali.* Ancora questa nomina abbisogna di conferma (*cost.* 4, *Cod. de confirm. tut.*, V, 29); la quale può dal magistrato essere fatta senza precedente inquisizione, se il padre lasciò qualche cosa, a quei figli: se poi non lasciò loro nulla, *tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur* (fr. 7, *Dig. de confirm. tut.*, XXVI, 3). Tutore è lecito no-

minare per testamento eziandio ai figli *diseredati,* conciossiachè essi pure sieno in potestà di chi testa diseredandoli, e d'altronde ancora a costoro il tutore può essere necessario, potendo essi avere dei beni provenienti dalla madre o da estranei; tutore è lecito nominare ai postumi, perocchè si ritengano per già nati, quando si tratta di cose ad essi vantaggiose (fr. 7, *Dig. de statu homin.*, I, 5; *Inst.*, § 4, *de tutelis*, I, 13).

§ 206. Il tutore *non poteva, in antico, essere nominato se non che per testamento*, imperocchè la tutela assomigliavasi all'eredità: e come questa abbisognava di un testamento per essere lasciata, così fu reputato necessario anche a quella. In progresso di tempo fu permesso di nominare il tutore ancora per codicillo confermato nel testamento (fr. 3, 8 *pr.*, e fr. 34, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2), inquantochè quella nomina fu considerata come una specie di fedecommesso, ed i fedecommessi poterono lasciarsi per codicillo (*Instit. pr.*, *de codicillis,* II, 25; fr. 3, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2). Affinchè la nomina del tutore avesse efficacia esigevasi in origine che fosse stata fatta in un testamento valido; in seguito si ritenne che sebbene fatta in un testamento irregolare nelle sue forme (*injustum*) o in un codicillo non confermato nel testamento, potesse essere confermata dal magistrato senza preventiva inquisizione (*Instit.*, § 3, *de tutelis,* I, 13; fr. 4, *Dig. de test. tut.,* XXVI, 2; fr. 1, § 1, 2, e fr. 3, *Dig. de confirm. tut.*, XXVI, 3).

§ 207. Il tutore testamentario nel diritto Antico doveva essere nominato con formule determinate: *tutorem do, tutorem esto* (Gajo, I, 149): in gius Nuovo può esserlo, con qualunque espressione. – I Sabiniani sostenevano, che la nomina del tutore non potesse essere fatta validamente prima dell'istituzione dell'erede; questa, essi dicevano, è il *caput et fundamentum totius testamenti,* dunque il testatore deve cominciare il suo testamento con essa: tutto quello che la precede è nullo. Giustiniano adottò l'opinione contraria di Proculo, decidendo che fosse valida la nomina del tutore ancorchè precedesse la istituzione dell'erede (*Inst.,* § 3, *qui dari tut. test. poss.,* I, 14; Gajo, II, 229). Il tutore può essere nominato puramente, o sotto condizione, da un certo tempo, o fino ad un certo tempo (*Inst.,* § 3, *qui dari tut. test. poss.,* I, 14; fr. 8, § 2, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2).

§ 208. Per testamento si possono nominare tutori, soltanto

quelle persone *cum quibus testamentifactio est, cum quibus testamenti faciendi jus est.* (Ulp., XI, 16; fr. 21, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2), cioè quelle persone che potevano figurare in un testamento romano. I peregrini, i latini juniani, non potevano essere nominati tutori testamentari. – Potevano essere nominati tali:

a) il *figlio di famiglia*, come quello che era capace di qualunque *munus publicum* (*Inst. prin. qui dari tut. test. poss.*, I, 14; fr. 7, *Dig. de tut.*, XXVI, 1; Ulp., XI, 16).

b) il *servo proprio*, purchè gli fosse lasciata insieme la libertà, la quale poi si ritenne sempre gli fosse stata lasciata quando era stato nominato tutore testamentario, e non constava che per errore il testatore lo avesse creduto libero (*Inst.*, § 1, *qui dari tut. test. poss.*, I, 14; fr. 32, § 2, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2).

c) il *servo altrui*, purchè sotto la condizione, *cum liber erit;* la qual condizione non sarebbe stata validamente apposta alla nomina di tutore testamentario di un servo proprio, perocchè il testatore se voleva che quest' ultimo fosse tutore, doveva e poteva manometterlo (fr. 10, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; fr. 21, *Dig. de condit. instit.*, XXVIII, 7; *Instit.*, loc. cit.).

d) il furioso ed il minore di 25 anni potevano essere nominati validamente tutori testamentari, intendendosi che il testatore avesse voluto nominarli con la condizione che si aspettasse ad investirli dell' ufficio l' epoca, che l' uno avesse recuperato la ragione, l' altro raggiunto la maggiorità (*Instit.*, § 2, *qui dari tut. test. poss.*, I, 14; fr. 11, *Dig. de tut.*, XXVI, 1; fr. 32, § 2, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2). Non poteva essere nominato tutore una persona incerta. – Questa massima, primitivamente comune anche all' istituzione dell' erede, per l' istituzione dello erede fu da Giustiniano abolita, ma fu lasciata in vigore per la nomina del tutore, dietro la considerazione che se il testatore nomina un tutore, è spinto a farlo dalla grande fiducia che ripone nella persona nominata; e questa fiducia è inescogitabile di fronte ad una persona incerta (fr. 20 e 30, *de test. tut.*, XXVI, 2).

§ 209. Grande analogia, lo rileveremo più volte, intercede in diritto Romano fra la tutela testamentaria e l' eredità testamentaria; ed in vero:

a) può essere nominato tutore testamentario, soltanto chi può essere istituito erede;

b) come l' eredità testamentaria, così la tutela testamentaria

è esclusiva, vale a dire, come l'erede rappresenta tutta la personalità del defunto, e succede nel suo universo gius, così il tutore testamentario deve essere nominato per la gestione degli affari tutti del pupillo, e non di alcuni soltanto.

c) come l'erede testamentario è preferito al legittimo, così il tutore nominato per testamento è preferito a quello chiamato dalla legge.

B) Tutela legittima.

(*Instit.*, lib. I, tit. 15, *de legitima agnatorum tutela;* tit. 17, *de legitima patronorum tutela;* tit. 18, *de legitima parentum tutela;* tit. 19, *de fiduciaria tutela; Dig.*, lib. XXVI, tit. 4, *de legitimis tutoribus; Cod.,* lib. V, tit. 30, *de legitima tutela.*)

§ 210. Chiamasi tutela legittima quella stabilita dalla legge, e che la legge direttamente deferisce ad alcune persone, in difetto di tutela testamentaria. - I commentatori del diritto Romano la distinguono in quattro specie, perchè quattro categorie di persone venivano nel diritto Antico chiamate alla medesima, cioè: 1° i più prossimi agnati, 2° il patrono ed i suoi figli, 3° il padre, 4° i fratelli. Queste tutele le chiamavano *legittime* nel senso più lato della parola; ma, come diremo fra breve, *legitimæ* nel senso tecnico, cioè tutele discendenti dal disposto della legge Decemvirale, sono solamente le due prime.

1° *Tutela degli agnati.*

La legge Decemvirale, con parole a noi ignote, chiamava alla tutela i più prossimi agnati del pupillo, come quelli che erano eredi presunti di lui, e per conseguenza che avevano più interesse a procurare la conservazione delle sue sostanze; e nell'ordine stesso nel quale erano chiamati a succedere nell'eredità, erano chiamati pure a fare da tutori (*tutores legitimi*). In mancanza di agnati, dei quali il più prossimo avrebbe escluso il più remoto, la legge Decemvirale chiamava i gentili così alla eredità come alla tutela (Gajo, I, 155; *Instit. Imp., de legitima agnat. tut.,* I, 15; Ulp., XI, 3; fr. 1, *Dig. de legit. tut.*, XXVI, 4). Al-

lorquando la tutela non fu più considerata come un diritto del tutore, ma come un onere, il principio fondamentale di siffatta materia fu questo: *ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelæ.*

2° *Tutela dei patroni e loro figli sui liberti.*

Questa specie di tutela non era espressamente stabilita nella legge delle XII Tavole, ma come Gajo ci insegna, fu introdotta per interpretazione di quella legge (Gajo, I, § 165). Fu osservato che la legge Decemvirale deferiva l'eredità agli agnati, e insieme li chiamava alla tutela; che la legge stessa chiamava i patroni ed i loro figli alla successione intestata dei loro liberti: onde ragionando per analogìa, fu dedotto che i patroni e i loro figli dovessero essere chiamati ancora alla tutela dei liberti. - L'emolumento della successione, dicono le Istituzioni imperiali (*de legitima patronorum tutela*, I, 17), portando l'onere della tutela per gli agnati, se ne inferì che l'emolumento stesso portasse l'identico onere pei patroni di fronte ai liberti *ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet* (Ulp., XI, 3; fr. 3, *Dig. de legit. tut.,* XXVI, 4). E questa tutela fu anch'essa detta legittima, perocchè se non dalla lettera, derivasse almeno dallo spirito della legge Decemvirale.

3° *Tutela del padre sui figli da esso emancipati.*

Il padre che emancipava suo figlio, diveniva patrono del medesimo (vedi sopra, § 147, lett. *e*), e come patrono tutore qualora il figlio emancipato fosse stato impubere. Il padre in questo caso, nelle Istituzioni imperiali è chiamato *tutore legittimo,* ma anticamente si chiamava *legittimo e fiduciario.* - Si chiamava *fiduciario,* perchè (lo dicemmo quando trattammo dell'emancipazione) a voler che il padre il quale emancipava il figlio, acquistasse sul medesimo i diritti di patronato, era necessario, alle tre mancipazioni aggiungesse il patto della *fiducia,* ossia della retrovendita, ed in forza di questo patto il padre avuto il figlio in mancipio, lo manometteva da sè *per vindictam.* (Gajo, I, § 166 e 195; Ulp., XI, § 5). Il padre fu pure detto tutore *legittimo,* sembrando giusto di non negargli questo titolo che aveva il patrono; ed in vero, il padre per emancipare il figlio, venden-

dolo per tre volte e poi manomettendolo, faceva un sacrifizio analogo a quello del padrone che manometteva il servo (GAJO, I, 172, 175; fr. 3, § 10, *Dig. de legit tut.*, XXVI, 4), e quel titolo era consigliato ancora dalla considerazione che *non minus huic, quam patronis, honor præstandus est* (GAJO, I, 172). Non solo nel nome, ma ben anco nella sostanza il padre fu poi parificato al patrono, perocchè in seguito gli venisse accordato il diritto di succedere nei beni del figlio; ed allora vi fu una ragione di più per chiamarlo, oltre che tutore *fiduciario*, ancora *legittimo* (*Instit.*, § *ult.*, *de legit. agnat. success.*, III, 2; fr. 10, *Dig. de suis et legit.*, XXVIII, 16; *cost.* 6, *Cod. de emancip. lib.*, VIII, 49). Allorquando le antiche forme dell' emancipazione sparirono, il padre fu chiamato soltanto tutore *legittimo*. - Tutore *fiduciario soltanto* si chiamava il compratore del figlio, se dopo che il padre glielo aveva mancipato, esso compratore lo manometteva direttamente, senza rivenderlo al padre. E si chiama tutore *fiduciario*, perchè il padre accordandosi seco lui di vendergli il figlio per giungere ad emanciparlo, apponeva alle *mancipationes* il patto *fiduciario*, che il compratore non avrebbe ritenuto in mancipio il figlio vendutogli, ma lo avrebbe invece manomesso.

4° *Tutela del padre sul figlio impubere emancipato dall' avo, e dei fratelli sul fratello impubere emancipato dal padre.*

Allorquando un ascendente ha emancipato, avanti che sieno puberi, il figlio, la figlia, il nipote, la nipote, morendo tale ascendente, e lasciando dei discendenti maschi, questi divengono tutori fiduciari dei loro respettivi figli, fratelli, sorelle ecc. già emancipati e tuttavia impuberi (*Instit.*, *de fiduciaria tutela*, I, 19; fr. 4, *Dig. de legit. tut.*, XXVI, 4). Questa specie di tutela chiamavasi fiduciaria. - Legittima, nel senso tecnico, non poteva essere appellata, conciossiachè nè direttamente nè indirettamente derivasse dalla legge Decemvirale; nè per queste persone esistessero quei motivi, che abbiamo veduto militare per il padre, onde rivestirle del titolo onorifico di *tutori legittimi*. Fu detta tutela *fiduciaria*, perchè questa tutela derivava anche essa dalle mancipazioni, fatte con la clausola della *fiducia* (GAJO, I, 175). Potrebbe qui domandarsi perchè quando il patrono, tutore *legittimo*, veniva a morte, i suoi figli erano detti tutori *legittimi*: men-

tre, quando il padre (che aveva emancipato il figlio impubere, e di cui era così divenuto anch'esso tutore *legittimo*) moriva, i suoi figli non erano detti tutori *legittimi*, bensì soltanto *fiduciarii*. La vera ragione di siffatta differenza di nome[1] si è questa: che la legge delle XII Tavole deferiva esplicitamente al patrono ed ai suoi figli la eredità del liberto, ed implicitamente anche la tutela, laonde questa tutela poteva essere chiamata *legittima*. Invece il padre che aveva emancipato il figlio, era stato egli è vero equiparato al patrono, e però chiamavasi esso pure *tutore legittimo*, ma i suoi figli non erano stati equiparati ai figli del patrono, nè per l'eredità, nè, in conseguenza, per la tutela. Non vi era, dunque, ragione alcuna per dirli *tutori legittimi*. Ai tempi dell'imperatore Anastasio, i fratelli dell'emancipato ebbero il diritto di succedergli *ab intestato* (*cost.* 4, *Cod. de legit. tut.*, V, 30), talchè d'allora in poi avrebbero potuto chiamarsi tutori *legittimi*; e tanto più che il titolo di tutori *fiduciari* non era altrimenti adattato, cessate le antiche mancipazioni ed il patto della fiducia; ma l'antico nome per abitudine rimase loro.

§ 211. Le quattro specie di tutela delle quali abbiamo ora parlato, possono essere dette legittime, quando questa parola si adoperi nel significato suo più ampio e volgare, cioè di tutela derivante dalla legge: ed infatti, più o meno direttamente derivano tutte da essa (fr. 3; *Dig. de legit. tut.*, XXVI, 4); ma nel senso tecnico, tutela legittima è quella deferita dalla legge delle XII Tavole o esplicitamente come agli agnati, o implicitamente come al patrono e suoi figli (Ulp., XI, 3). Il sistema fin qui esposto sulle tutele legittime, è quello che si legge nelle Istituzioni imperiali, e che era in armonia col sistema delle successioni ereditarie di allora; ma nel 534 Giustiniano mutò l'ordine delle successioni ereditarie, volle cioè che si avesse riguardo in esse unica-

[1] La ragione che ne danno le Istituzioni imperiali a questo titolo 19 del libro I, è la seguente: se il figlio del defunto non fosse stato emancipato durante la vita del padre, alla morte di lui egli sarebbe divenuto *sui juris*, e non sarebbe ricaduto nella potestà dei suoi fratelli: ecco perchè non è sottoposto alla loro tutela legittima. Ma il liberto se fosse rimasto schiavo, sarebbe stato, come tale, sempre sottoposto ai figli del padrone, dopo la morte di esso lui. Questa spiegazione non dice nulla, e non riposa neppure sul vero, almeno in tutti i casi. Supponiamo in fatti, il caso di un nipote emancipato dall'avo, mentre il padre naturale suo rimane nella famiglia; alla morte dell'avo, questo nipote, se non fosse stato emancipato, cadrebbe nella potestà del proprio padre naturale, e ciò nonostante il padre sarebbe tutore fiduciario soltanto, di questo figlio (vedi Ortolan, *Istituzioni*, vol. I, a questo titolo).

mente al grado di parentela naturale o di sangue, senza distinzione fra agnati e cognati. Lo stesso mutamento avvenne nelle tutele legittime, in coerenza della massima: *ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelæ* (*Inst., de legit. patron. tut.*, I, 15; fr. 73 *pr.*, *Dig. de regulis juris,* L, 17). Laonde il più prossimo erede *ab intestato* dell'impubere, ebbe il diritto ed il dovere di assumere la tutela (*Nov.* 118, c. 5; *Auth. sicut hereditas, Cod. de legit. tut.,* V, 30). La madre e l'ava dell'impubere, che avessero voluto incaricarsi della tutela, furono preferite a chiunque: le altre donne invece, ne furono escluse (*Nov.* 94, c. 1; *Nov.* 118, c. 5). I più eredi *ab intestato,* parenti nello stesso grado dell'impubere, ebbero tutti ugualmente il diritto ed il dovere di amministrare la tutela; e quando il più prossimo parente fosse stato assolutamente incapace di fare da tutore, ed incapace per sempre, la tutela era deferita al più prossimo dopo lui (fr. 3, § 8, *Dig. de legit. tut.*, XXVI, 4). La cosa stessa avvenne per i liberti, relativamente al patrono. La tutela *fiduciaria* fu abolita, ed il *parens manumissor* fu tutore, soltanto perchè era il cognato più prossimo, e però l'erede del figlio manomesso. Cessate le antiche forme della manomissione, un *extraneus manumissor* non fu più possibile, e per conseguenza cessò la tutela prima propria del medesimo, che si fondava sulla qualità di patrono da lui rivestita in conseguenza della manomissione.

C) Tutela dativa.

(*Instit.*, lib. I, tit. 20, *de atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabatur; Dig.,* lib. XXVI, tit. 5, *de tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent;* tit. 6, *qui petant tutores et curatores et ubi petantur; Cod.,* lib. V, tit. 31, *qui petant tutores vel curatores;* tit. 32, *ubi petantur tutores vel curatores.*)

§ 212. Chiamasi tutela dativa, quella che viene dal magistrato deferita, in mancanza di un tutore testamentario e legittimo. Nella più antica procedura (quella delle *legis actiones*) se una lite insorgeva fra tutore e pupillo, il pretore nominava un tutore per assistere il pupillo, tutore detto *prætorius* o *prætorianus* (Gajo, I, 184; Ulp., XI, 24; *Inst.*, § 3, *de auct. tut.*, I, 21); ma

era questo un caso eccezionale: la tutela deferita dal magistrato come istituzione generale, permanente, e supplementare alla testamentaria, ed alla legittima, non fu conosciuta che tardi (anno 434 di Roma), ed in conseguenza di leggi speciali, che autorizzarono espressamente i magistrati a nominare i tutori; perocchè la *datio tutoris* non facesse parte della giurisdizione nè dell'*imperium* di un magistrato (fr. 6, § 2, *Dig. de tutelis*, XXVI, 1). I commentatori odierni chiamano tutela dativa quella deferita dal magistrato, ma non è questo il nome del quale si servivano i Romani per indicarla. Gajo ed Ulpiano per *tutor dativus,* intendono invece il tutore dato o nominato per testamento (Gajo, I, 154; Ulp., XI, 14). Il tutore che oggi i commentatori chiamano *dativo*, dai Romani era detto *tutor atilianus,* nome derivatogli dalla legge *Atilia,* che in Roma autorizzò il pretore unitamente alla maggiorità dei tribuni della plebe, a nominarlo. Una *lex Julia et Titia,* probabilmente ai tempi di Augusto, diede facoltà ai governatori delle provincie di nominare i tutori nelle medesime (Gajo, I, 185; 187; Ulp., XI, 18, 19; *Instit.*, § 1 e 2, *de atiliano tutore et eo qui ex lege Julia et Titia dabatur,* I, 20). Delle costituzioni imperiali accordarono poi ai semplici magistrati municipali la stessa facoltà (*Instit.*, § 4 e 5, *de atil. tut.,* I, 20; fr. 3, 21, *Dig. de tut. dat.*, XXVI, 5, *cost.* 30, *de episcop. aud.,* I, 4; *cost.*, 1, *de tut. et curat. illustr.*, V, 33; *cost.* 5, *Cod. qui dare tutores possunt,* V, 34). Il nome di tutore *julio-titianus* non si trova nelle fonti romane, lo adopera il solo Teofilo nella sua parafrasi greca delle Istituzioni imperiali; ma se *atilianus* chiamavasi il tutore nominato dal magistrato in Roma in forza della *lex Atilia,* non è incredibile che si chiamasse *julio-titianus* quello nominato nelle provincie in forza della *lex Julia et Titia,* o delle *leges Julia et Titia:* se pure erano due leggi separate, come Teofilo stesso asserisce. Il magistrato, autorizzato dalla legge a nominare un tutore, lo nomina dietro un' inquisizione sulla sua idoneità e solventezza (fr. 21, § 5, *Dig. de tut. datis ab his qui jus dandi habent,* XXVI, 5; fr. 7, § 1, *Dig. de confirm. tut.*, XXVI, 3). Non può nominarlo a tempo o sotto condizione; per regola lo deve dunque nominare puramente e semplicemente (fr. 6, § 1, *Dig. de tutel.,* XXVI, 1; fr. 77, *Dig. de regulis juris,* L, 17). Una eccezione a questa regola si verifica, se il tutore dativo viene dal magistrato nominato durante un impedimento transitorio del

tutore testamentario; in tal caso questo tutore dativo è nominato per un dato tempo, e con la condizione che cessi dall'ufficio, sparito l'impedimento del tutore testamentario (fr. 6, § 1, *Dig. de tutelis*, XXVI, 1). I magistrati debbono *ex officio* provvedere, che i pupilli non rimangano senza tutore (fr. 9, § 5, *Dig. de off. procons.*, I, 16; *cost.* 11, *Cod. de compens.*, IV, 31). Chiunque ha un interesse, che l'impubere abbia un tutore, può eccitare il magistrato a nominarglielo (fr. 2, *Dig. qui petant. tutores*, XXVI, 6); ma la madre e gli altri eredi presunti del pupillo, debbono provocare quella nomina, dentro l'anno dal dì in cui l'impubere è divenuto pupillo, sotto pena di decadere dai loro diritti di successione ereditaria, qualora il pupillo venisse a morire nell'impubertà (fr. 2, § 1, *Dig. qui pet. tut.*, XXVI, 6; fr. 2, § 28, *in f. ad S. C. Tertull.*, XXXVIII, 17; *cost.* 10, *Cod. de legit. hered.*, VI, 58).

§ 213. Le relazioni, che intercedono fra le tre tutele: testamentaria, legittima e dativa, sono le seguenti:

a) La tutela testamentaria ha la preferenza sulle altre due (fr. 11, *pr. Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; *Nov.*, 118, c. 5).

b) Durante la sospensione o l'interruzione transitoria della tutela testamentaria (cagionate per esempio dalla minorità del tutore nominato per testamento, o dalla circostanza che il testatore appose un termine od una condizione al suo ingresso in uffizio) non si passa alla tutela legittima, sibbene alla dativa. Il magistrato dunque, nomina un tutore provvisorio, che dura in funzione finchè la sospensione o la interruzione della tutela testamentaria non si sono dileguate. Questa regola è una conseguenza della massima giuridica, che fino al momento in cui non si ha la certezza dell'impossibilità di avere una tutela testamentaria, non si passa alla tutela legittima bensì alla dativa (fr. 11, *pr. Dig. de testam. tut.*, XXVI, 2).

c) Acquistata la certezza che la tutela testamentaria *non può esistere* (perchè tutore non fu nominato per testamento, o perchè è premorto al testatore), o che essa tutela è *cessata definitivamente* (perchè il tutore testamentario morì, o subì una *capitis diminutio* dopo essere entrato in uffizio, o desistè dal medesimo essendo scorso il tempo, o verificata la condizione pel quale, o sotto la quale era stato nominato), si fa luogo alla tutela legittima. Ma è da avvertire che se la tutela testamentaria cessa per

intervento del magistrato, il quale *remuove* il tutore testamentario, o lo *scusa dall' assumerne* le funzioni; in tal caso non si passa alla tutela legittima, ma invece alla dativa (fr. 11, § 1 e 2, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2). Intervenuto il magistrato a far cessare le funzioni del tutore testamentario, destituendolo da quelle, o esonerandolo dall' assumerle, il magistrato stesso provvede a surrogargli subito un altro, senza perder tempo a porre in chiaro chi per legge potrebbe esser chiamato a far da tutore. Laonde in questo caso si verifica un' eccezione alla regola generale: che in mancanza assoluta di tutela testamentaria, si fa luogo alla legittima.

d) Non esistendo tutela testamentaria, nè essendo possibile una tutela legittima, si passa alla dativa: *tutorem habenti tutor non datur* (fr. 27 *pr.*, *de test. tut.*, XXVI, 2). La tutela dativa dunque si verifica in tre casi: *a*) nella mancanza assoluta di tutela testamentaria e di tutela legittima; *b*) nella sospensione o interruzione della tutela testamentaria; *c*) nellà cessazione della tutela testamentaria per intervento del magistrato.[1]

[1] Le istituzioni che pel Codice Civile italiano sono intese alla protezione e difesa della persona e dei beni di coloro che per età, stato mentale o corporale non possono da sè provvedervi, sono la patria potestà, la tutela, la cura e l'inabilitazione. Della patria potestà abbiamo trattato altrove; passiamo ora a dire della tutela e della cura, che quella prima istituzione suppliscono, sussidiano o modificano; dell' inabilitazione parleremo poi.

La tutela è istituzione intesa alla difesa della persona, alla rappresentanza negli atti civili, ed all' amministrazione dei beni di coloro che *indipendenti dalla patria potestà*, sono in *età* od in *stato intellettuale* siffatti, da non bastare a se stessi (art. 277 e 329).

La cura è invece istituzione *generalmente* intesa a supplire all' incapacità di certe persone a concludere gli atti che superano la semplice amministrazione (art. 314, 315 e 339), o *specialmente* ad assistere gli interessi di persone, o sottoposte alla patria potestà, o non ancora nate, o sul cui stato è questione, o che non si sono fatte ancora conoscere come eredi (art. 224, 226, 233, 238, 246, 247 - art. 168, 236, 316, 980).

La tutela, considerata sotto il punto di vista delle persone sulle quali si esercita, è di cinque specie.

1° La tutela di coloro che sono *indipendenti dalla patria potestà (sui juris)* per morte, assenza, o condanna capitale (art. 241), o per abuso di patria potestà dei loro genitori (art. 233).

2° La tutela dei figli naturali, o di genitore o di genitori che li riconobbero (art. 184), o de' figli naturali di genitori ignoti (art. 248).

3° La tutela di fanciulli ricoverati in un ospizio a qualunque titolo, che non abbiano parenti conosciuti, e capaci dell' uffizio di tutori (art. 262).

4° La tutela degli interdetti a cagione di abituale infermità di mente, che li renda incapaci di provvedere ai propri interessi (art. 330).

5° La tutela *temporanea* dei figli dell' *assente* (art. 47).

La tutela considerata sotto il punto di vista della *delazione* è *testamentaria, legale* e *dativa*.

a) Tutela *testamentaria* è quella che il genitore superstite, il quale al *tempo della sua morte* è nell' *esercizio* della *patria potestà*, costituisce per *testa-*

II. Incapacità alla tutela.[1]

(*Instit.*, lib. I, tit. 14; *qui testamento tutores dari possunt; Cod.*, lib. V, tit. 34; *qui dare tutores vel curatores possunt, et qui dari non possunt.*)

§ 214. Incapaci di far da tutori erano:

1° *Per difetto di persona o di cittadinanza:*

a) Gli schiavi (vedi sopra, § 206, lett. b, c).

b) I peregrini, ed i latini juniani (Ulp., XI, 16; *Vatic. fram.*, § 193).

2° *Per difetto di capacità ad esercitare pubbliche funzioni*, le donne. La tutela infatti, come fu detto altra volta, è un

mento o *per atto notarile* a quelle persone che per la sua morte rimangono minori *indipendenti* (art. 243), o che egli prevede saranno interdette (art. 330).

b) Tutela *legale* è quella che, *in mancanza di tutela testamentaria*, è deferita dalla legge all'avo paterno, ed in mancanza di esso, al materno, sui nipoti minori che per la morte dei genitori sono rimasti indipendenti (art. 244), o deferita al coniuge dell'interdetto, e nella mancanza, minorità, separazione legale di esso, al padre, o alla madre dell'interdetto (art. 330), e finalmente quella che la legge *direttamente* deferisce al genitore sul figlio naturale da esso riconosciuto, o al padre sui figli naturali riconosciuti da ambedue i genitori (art. 184).

c) Tutela *dativa* è quella che in difetto di tutela testamentaria e legittima, o per l'esclusione o scusa dei tutori testamentari o legittimi, viene deferita a persona scelta dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 245). Tale è la tutela che viene deferita dal consiglio di tutela nella cessazione della tutela legittima del genitore naturale, sui figli minori legalmente riconosciuti (art. 184), o che viene deferita dal consiglio stesso sui figli minori di genitori ignoti (art. 248). Tale pure quella, che, mancando un tutore testamentario o legittimo all'interdetto, gli nomina il consiglio di famiglia (art. 330); quella deferita dal consiglio di amministrazione dell'ospizio (specie di consiglio di tutela) ad uno dei membri dell'amministrazione stessa, sopra il fanciullo ivi ricoverato, che non abbia parenti conosciuti, e capaci dell'uffizio di tutore (art. 262). Tale finalmente è quella *temporanea*, che assenti ambedue i genitori, o assente il padre e morta la madre, prima che si verifichi la presunzione o la dichiarazione di assenza, o nella impossibilità della madre di esercitare la patria potestà, viene dal consiglio di famiglia deferita agli ascendenti prossimi nell'ordine stabilito dall'art. 244 (art. 47).

Qualunque sia il numero dei figli, non può essere loro nominato che un solo tutore (art. 246), laonde pel Codice Civile italiano non si conoscono *Contutori*. – D'altronde l'istituzione del consiglio di famiglia di tutela, li rendeva inutili.

[1] Pel Codice Civile italiano *non possono essere tutori*, protutori, curatori nè far parte del consiglio di famiglia, e *devono cesare da questi uffizi* qualora li avessero assunti (art. 268):

1° Per difetto di capacità ad esercitare pubblici uffizi, le donne, eccettuate le *ascendenti*, e le *sorelle germane non maritate*.

2° Per difetto di capacità all'esercizio completo de' diritti civili, coloro che non abbiano la libera amministrazione del proprio patrimonio.

3° Per sospetto di malvagia volontà, tutti quelli che abbiano o *siano per*

munus publicum, e secondo Nerazio, un *munus masculorum* (fr. 18, *Dig. de tutelis*, XXVI, 1). In gius Antico le donne non potevano essere tutrici, per la ragione semplicissima, che esse stesse abbisognavano di tutore. In seguito la madre potè ottenere per rescritto del principe la tutela dei suoi figli, ma Teodosio e Valentiniano a lei lo accordarono, *cum tutor vel testamentarius vel legitimus defuerit;* e se essa voleva essere tutrice, doveva giurare di non rimaritarsi (*cost.* 2, *Cod. quando mulier,* V, 35). Giustiniano aggiunse, come seconda condizione, che essa rinunziasse al benefizio del Senatusconsulto Velleiano (*cost.* 3, *Cod. quando mulier,* V, 35). Con la Novella 118, capitolo 5, chiamò la madre e l'ava a far da tutrici ai respettivi figli e nipoti, a preferenza di tutti i parenti collaterali; e con la Novella 94, le dispensò dal giuramento di non passare a seconde nozze; ma stabilì che se vi fossero passate, la tutela loro sarebbe cessata *ipso jure.*

3° Per *difetto* di *intelletto* o di *corpo*, non potevano essere tutori quelli che avevano bisogno per sè di essere protetti, lungi dal poter proteggere altri, come i sordo-muti, i ciechi, i dementi, i prodighi. (fr. 1, § 2, 3; fr. 11, *Dig. de tutelis*, XXVI, 1; fr. 10, § 1, *de legit tut.*, XXVI, 4; *cost.* 3, *Cod. qui dare tut.,* V, 34;

avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti od il coniuge abbiano o sieno per avere col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo *stato* del minore, od una *parte notabile delle sue sostanze.*

Sono poi esclusi dai medesimi uffizi, e debbóno esserne rimossi, qualora li avessero assunti (art. 269):

1° I condannati ad una pena criminale.

2° I condannati alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi.

3° Le persone di notoria cattiva condotta, e quelle notoriamente incapaci di amministrare, o di provata infedeltà o trascuratezza, o colpevoli di abuso di autorità nell'esercizio della tutela.

4° I falliti non riabilitati.

5° Il tutore ed il protutore che non prendano in tempo debito l'iscrizione dell'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti sui beni del tutore (art. 1983, 1984) e protutore.

Nel caso di condanna a pena correzionale per reato non indicato nell'articolo 269, n° 2, il condannato non può essere tutore, finchè non abbia scontato la pena.

Qualora avesse già assunta la tutela, e la pena fosse maggiore di un anno di carcere, la perde; nè può esservi riammesso finchè dura la pena; se questa è minore di un anno, il consiglio di famiglia lo può rimuovere (art. 270).

Le dimande cui possono dar luogo le disposizioni degli articoli 269, 270, ora riportati, sono proposte davanti al consiglio di famiglia, salvo il diritto di richiamo davanti il tribunale.

Tale richiamo potrà anche farsi dal pubblico Ministero.

Quando si tratti di escludere o rimuovere il tutore o protutore, il consiglio di famiglia non potrà deliberare, se non sentiti o debitamente citati i medesimi (art. 271).

cost. un., Cod. qui morbo se excus., V, 67, e per i prodighi; *argom., cost. ult., Cod. de legit. tut.*, V, 30).

4° Per *difetto di età* non potevano essere tutori gli impuberi, ed i minori di 25 anni (*Instit.*, § 13, *de excusat.*, I, 25; *cost.* 5, *Cod. de legit. tut.*, V, 30), ma se è nominato tutore per testamento un minore, il magistrato nomina un tutore interino a supplirlo, finchè divenga maggiore (*Instit. pr.*, § 2, *qui test. tut.*, I, 14, fr. 10, § 8; fr. 12, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1). I figli di famiglia maggiori di 25 anni, possono essere tutori, perchè sono eligibili a tutti i pubblici uffici (*Instit. pr., Tit. qui testam.*, I, 14; fr. 7, *Dig. de tut.*, XXVI, 1, e vedi sopra, § 206, lett. *a*).

5° Pel *sospetto di malvagia volontà,* non potevano essere tutori:

a) i nemici notorii e capitali del pupillo, e del padre suo (*Instit.*, § 11, *de excusat. tut. vel. curat.*, I, 25; Paolo, II, 27; fr. 6, § 17, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1);

b) quelli dal padre o dalla madre per testamento esclusi, dacchè abbia da ritenersi, niuno meglio dei genitori possa conoscere le persone pericolose per la lor prole (fr. 21, § 2, *de tut. curat. dat.*, XXVI, 5);

c) quelli che per danaro o donativi cercano di ottenere la tutela: essi fanno dubitare di un qualche bieco intendimento, subito che per venire all'amministrazione delle sostanze pupillari, si sottopongono ad una spesa (fr. 21, § *ult.*, *Dig. de tut. vel. curat. dat.*, XXVI, 5);

d) quelli che spontanei si profferiscono ad esercitare l'ufficio di tutore: non essendo supponibile che senza un fine non plausibile, taluno chieda di sobbarcarsi a tale un gravoso incarico (fr. 21, § 2, 6, *Dig. de tut. dat.*, XXVI, 5);

e) quelli che sono creditori o debitori del pupillo, o suoi avversari in una lite qualunque, eccettuato la madre e l'ava (*Nov.* 72, c. 1, 3). Costoro se, nonostante il legale divieto, assumevano la tutela, dissimulando l'ostacolo che la legge opponeva alla loro nomina, perdevano le loro azioni se creditori del pupillo, e le loro eccezioni se debitori (*Auth. minoris debitor., Cod. qui dare tutores,* V, 34). Tuttavolta se taluno fosse divenuto creditore o debitore del pupillo, dopo che già era tutore, non decadeva dall'ufficio; ed una lite insorta fra tutore e pupillo a tutela cominciata, non aveva altro effetto che quello di obbligare il magistrato

a nominare al pupillo, un curatore speciale *ad litem* (*Nov.* 72, cap. 2).

6° Per *difetto di agio* ad occuparsi della tutela, erano inabilitati ad assumerla:

a) i militari, quando non fossero stati nominati in un testamento di un loro commilitone (*Instit.*, § 14, *de excusat.*, I, 25; *cost.* 4, *Cod. qui dare tutores*, V, 34; *cost.* 8, *de legatis*, VI, 37; fr. 23, § 1, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1).

b) I vescovi ed i monaci (*Nov.* 123, c. 5). Gli altri chierici possono, se vogliono, assumere la tutela dei loro più stretti congiunti (*cit. Nov.*, e vedi sopra, § 71). I tutori, i quali, durante le loro funzioni, incorrevano in una di queste incapacità ora menzionate, divenivano inabili a seguitare nell' ufficio loro (*argom.*, fr. 10, § 8; fr. 11 *pr.*; fr. 40 *pr.*, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1).

III. Scuse dei tutori.[1]

(*Instit.*, lib. I, tit. 25, *de excusationibus tutorum vel curatorum*; *Dig.*, lib. XXVII, tit. 1, *de excusationibus*; *Cod.*, lib. V, tit. 62, *de excusationibus tutorum et curatorum, et de temporibus earum.*)

§ 215. In antico era lecito a chiunque non accettare la tutela, e dimettersi dalla medesima: *abdicare tutelam* (Ulp., XI, 17), spe-

[1] Pel Codice Civile italiano sono dispensati dagli uffizi di tutore e protutore, per *privilegio:*

1° I principi della famiglia reale, salvo che si tratti di tutela di altri principi della stessa famiglia.

2° I presidenti delle Camere legislative.

3° I ministri segretari di Stato.

4° I presidenti del consiglio di Stato, della corte dei conti, delle corti giudiziarie ed i capi del pubblico Ministero presso le corti medesime.

5° I segretari e direttori generali delle amministrazioni centrali del regno e i capi delle amministrazioni provinciali (art. 272).

Hanno diritto di essere dispensati dall'*assumere*, o dal *continuare l'esercizio della tutela* e dall' uffizio di *protutore*,

per *esorbitanza* dell' onere:

a) le donne che possono essere tutrici,

b) coloro che abbiano l' età di 65 anni compiuti,

c) quelli che sieno affetti da grave e permanente infermità,

d) il padre di cinque figli viventi. I figli morti in attività di servizio nell'esercito nazionale di terra, o di mare saranno computati per far luogo alla dispensa,

e) chi sia già incaricato di una tutela,

f) i militari in attività di servizio,

g) coloro che abbiano missione dal governo fuori del regno, o che per ra-

cialmente designando una persona più idonea: *potiorem nominare* (vedi *Vatic. Fragm.*, 158 e seg., 206 a 219, e 242 a 146; Paolo, II, 28, 29); ma in gius Nuovo, essendo essa divenuta un *munus publicum*, non può essere altrimenti ricusata senza giuste ragioni, o come si dice nelle nostre Fonti, senza scuse, *excusationes* (*Inst. h. t. pr.*, I, 25; *cost.* 5, *Cod. de suspect. tut.*, V, 43), determinate tassativamente dalla legge. Soltanto alla madre, all' ava, ed ai chierici è lecito ricusare quell' ufficio senza addurre un motivo (*Nov.* 94, c. 1; *Nov.* 118, c. 5; *Nov.* 123, c. 5).

§ 216. Le scuse legittime sono di due specie: *A*) o per venire esonerati dall' assumere la tutela, *B*) o per dimettersi dalla medesima.

A) Le scuse per *venire esonerati dall' assumere* la tutela, sono:

1° Il *privilegio*. Godono di questa scusa:

a) Quelli che hanno una numerosa figliuolanza, vale a dire 3 figli in Roma, 4 in Italia, 5 nelle provincie, senza distinzione di sesso, ma purchè *legittimi ed insieme naturali*: gli adottivi e gli spuri non facendo numero (*Instit. pr.*, *h. t.*, I, 25); fanno numero i figli del figlio, non quelli della figlia. I figli morti in battaglia si contano come vivi, perchè vivi alla gloria (*Instit.*, *l. cit.*; fr, 18, *Dig. h. t.*, XXVII, 1);

b) gli amministratori del fisco e dei beni patrimoniali del principe (*Instit.*, § 1, *h. t.*, I, 25; *cost.* 10, *Cod. h. t.*, V, 62);

c) i professori di arti e scienze liberali: *grammatici, rhetores, medici* (*Instit.*, § 15, *h. t.*, I, 25; fr. 6, § 1, 2, 4, 9, *Dig. h. t.*,

gione di pubblico servizio risiedono fuori del territorio del tribunale in cui è stata costituita la tutela (art. 273).

Chi non sia parente od affine del minore non può essere costretto ad accettare la tutela o l' uffizio di protutore, ogni qualvolta nel territorio del tribunale in cui si costituì la tutela, od in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, risiedano parenti od affini capaci di assumere i detti uffizi e non dispensati per causa legittima; venendo a cessare le cause per cui il parente od affine sia stato dispensato, l' estraneo che abbia assunto l' uffizio di tutore o di protutore, potrà ottenere di esserne liberato (art. 274).

La domanda di dispensa si propone al consiglio di famiglia.

La decisione del consiglio che rigetta la domanda potrà essere impugnata dinanzi al tribunale dal tutore e protutore che la propose, il quale però sarà tenuto intanto a continuare l' esercizio delle sue funzioni.

In questo caso un delegato speciale del consiglio di famiglia sarà ammesso a difenderne la decisione (art. 275).

Il consiglio di famiglia potrà in ogni tempo dispensare il tutore, protutore, ed il curatore dal loro uffizio, qualora essi consentano a rassegnarlo, e il consiglio reputi necessario un tale provvedimento nell' interesse del minore (art. 276).

XXVII, 1), ed i *legum doctores* in Roma (*Vatican. fragm.*, § 160);

d) gli assenti *reipublicæ causa*, a cagione d'esempio i legati del popolo romano, i magistrati provinciali; e non solamente costoro erano scusati per tutto il tempo della loro assenza, ma eziandio per l'anno consecutivo al ritorno (*Inst.*, § 2, *h. t.*, I, 25; fr. 10 *pr.*, e § 2, *Dig. h. t.*, XXVII, 1, e fr. 15 e 16, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5);

e) i membri del consiglio del principe, ed in generale le persone rivestite di un pubblico uffizio (*Instit.*, § 3, *h. t.*, I, 25; fr. 17, § 5, *Dig. h. t.*, XXVII, 1; fr. 3, *Dig. de jurisd.*, II, 1);

f) i militari onorevolmente congedati, i membri di certe corporazioni di mestieri, come di fabbri, fornai ec., gli atleti coronati, ed i coloni dei beni del principe (fr. 8 *pr.*, § 1, 11, *Dig. h. t.*, XXVII, 1; *cost.* 2, *Cod. de excusat. veter.*, V, 65; fr. 6, § 13, *Dig. h. t.*, XXVII, 1; *cost.* 13, *Cod. qui dare tut.*, V, 34).

2° *L'esorbitanza dell'onere* è scusa:

a) per quelli che avevano in famiglia (*in una domo*) tre tutele: *tria onera tutelæ vel curæ*, purchè non *affectatæ* (ed affettate si consideravano non solo quelle ricercate, ma eziandio quelle che potevano essere evitate e non lo furono), e purchè non fossero *tenui*, ossia poco onerose. Ma è da notare, che le tutele più presto che contarsi, debbono ponderarsi: cosicchè scuserebbe una tutela molto gravosa, e non scuserebbero tre tutele di piccola entità. Le tutele poi hanno da contarsi non col numero dei pupilli, ma con quello dei rendimenti di conti da farsi, attalchè la tutela di quattro fratelli si conta come una sola. Non fanno numero le tutele prossime a finire. Si contano non solamente le tutele che fanno carico al *paterfamilias*, ma ancora quelle esercitate dai suoi figli che sono sotto la sua potestà (*Vat. fragm.*, 188; *Instit.*, § 5, *h. t.*, I, 25; fr. 2, § 9; fr. 3, 4, 5; fr, 15, § 15; fr. 17 *pr.*; *eod.*, XXVII, 1);

b) quelli che hanno compiuti i 70 anni sono scusati per la soverchia fatica, che la tutela loro cagionerebbe (*Instit.*, § 13, *h. t.*, I, 25; fr. 2, *Dig. h. t.*, XXVII, 1);

c) quelli che hanno il loro domicilio in una provincia diversa dalla provincia ove è domiciliato il pupillo, possono venire scusati per non costringerli a continui viaggi, causa di disagio e di spesa (fr. 46, § 2, *Dig. h. t.*, XXVII, 1);

3° Per *impotenza* sono scusati gli illetterati, vale a dire coloro che non sanno nè leggere nè scrivere; tuttavolta possono costoro essere obbligati ad assumere la tutela se è poco estesa, ed essi sono molto abili, e tali da potere amministrare e render conto senza scrittura (*Inst.*, § 8, *h. t.*, I, 25; fr. 6, *in fin. h. t.*, XXVII, 1).

4° *Per garantirli da un pericolo*, sono scusati quelli, che il padre nominò tutori col triste intendimento di implicarli con loro danno e fastidio in un'amministrazione disastrosa e difficile (*Instit.*, § 9, *h. t.*, I, 25; fr. 6, § 17, *Dig. h. t.*, XXVII, 1).

B) Scuse per *dimettersi dalla tutela già accettata* sono:

a) La povertà od una malattia sopravvenuta, che rendano gravoso l'occuparsi degli affari altrui (*Instit.*, § 6 e 7, *h. t.*, I, 25; fr. 7 e fr. 10; § 8, *Dig. h. t.*, XXVII, 1).

b) Il mutamento di domicilio operato in conseguenza di un rescritto del principe, purchè questi sapesse che chi ottenne quel rescritto esercitava l'ufficio di tutore (fr. 12; § 1, *Dig. h. t.*, XXVII, 1).

c) L'ascrizione al consiglio del principe (fr. 30, *pr. Dig.*, XXVII, *h. t.*, 1; fr. 11, § 2, *Dig. de minor.*, IV, 4).

d) L'assenza per affari dello Stato, finchè dura la medesima; ritornati, riprendono l'ufficio loro immediatamente, nè godono un anno di libertà, come ne godono coloro che dopo il loro ritorno sono chiamati ad una nuova tutela (*Instit.*, § 2, *h. t.*, I, 25; fr. 10 *pr.*, e § 2, *Dig. h. t.*, XXVII, 1; fr. 15 e 16, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5).

§ 217. Tutte le scuse fin qui enumerate potevano essere allegate da qualsivoglia maniera di tutori, dovevano esserlo dinanzi al magistrato competente (*Instit.*, § 16, *h. t.*, I, 25; fr. 21, *Dig. h. t.*, XXVII, 1), e dentro i 50 giorni dal giorno della notificazione della deferita tutela, quando chi non voleva essere tutore abitava nel circondario delle 100 miglia dalla residenza del magistrato che gli fece quella notificazione; chi abitava più lontano, godeva di un accrescimento di tempo (in proporzione della distanza) di un giorno ogni venti miglia di distanza; più di un aumento costante di 30 giorni (*Instit.*, § 16, *h. t.*, I, 25; fr. 13 *pr.*, § 1, 2 e 9, *Dig. h. t.*, XXVII, 1). La scusa doveva essere ammessa da un decreto del magistrato, dal quale era appello se avesse rigettato le istanze di chi voleva essere scusato (fr. 1,

§ 2, *Dig. quand. appell.*, XLIX, 4; fr. 17, *Dig. de appell.*, XLIX, 1; *cost.* 6 e 11, *Cod. h. t.*, V, 62). Le scuse non proposte dentro i termini legali, si consideravano come abbandonate (fr. 13, § 4, *Dig. h. t.*, XXVII, 1), ma dentro quei termini, rigettate alcune scuse, era lecito proporne altre (*Instit.*, § 16, *h. t.*, I, 25; fr. 13, § 1, 2, 4 e 9, *Dig. h. t.*, XXVII, 1). Queste scuse fin qui descritte non potevano essere addotte:

1° Quando chi avrebbe potuto addurle, avesse promesso al padre del pupillo di fare da tutore, e di non profittare delle medesime (*Instit.*, § 9, *h. t.*, I, 25; fr. 15, § 1, *Dig. h. t.*, XXVII, 1).

2° Quando chi avesse preteso di essere scusato, avesse accettato il legato o le altre liberalità stategli lasciate nel testamento, che lo nominava tutore (fr. 5, § 2, *Dig. de his quæ ut indig. auf.*, XXXIV, 9).

3° Quando si trattava di un liberto nominato tutore per testamento (*cost.* 5, *Cod. h. t.*, V, 62), dal suo patrono; per gratitudine dello inestimabile dono della libertà ricevuto, non poteva ricusarsi a far da tutore ai figli o discendenti del proprio benefattore. L'esenzione dall'ufficio di tutore, ottenuta mediante allegazione di scuse poi riscontrate false, si riteneva come non avvenuta (*Instit.*, § 20, *h. t.*, I, 25; *cost.* 1, *Cod. si tut. vel cur. fals. alleg. excus. sit*, V, 63). L'accettazione della tutela importava rinunzia alle scuse, che chi l'accettò avrebbe potuto allegare (*cost.* 2, *Cod. eod. tit.*, V, 63.)

IV. Poteri ed obblighi dei tutori.

§ 218. I poteri e gli obblighi dei tutori sono relativi: α alla persona del pupillo, β all'amministrazione del suo patrimonio.

α alla persona.

(*Instit.*, lib. I, tit. 21, *de auctoritate tutorum; Dig.*, lib. XXVI, tit. 8, *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum; Cod.*, lib. V, tit. 59, *de auctoritate præstanda.*)

§ 219. Il tutore si dà alla persona: *tutor personæ datur,* mentre il curatore si dà alle cose: *rei vel causæ datur;* così gli

interpreti del diritto Romano, distinguono la tutela dalla cura, servendosi di parole testuali (*Instit.*, § 4, *qui dari tut. test. poss.*, I, 14). Fa di mestieri intendere rettamente quell'espressione: *tutor personæ datur;* quando quì si parla di persona, non si intende già soltanto la persona *fisica* del pupillo, ma ancora la sua persona *giuridica,* o la sua *giuridica personalità;* ed infatti il tutore deve come proteggere quella prima, così completare questa seconda.

§ 220. Riguardo alla

persona fisica del pupillo.

il tutore deve difenderlo da qualunque offesa (fr. 30, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7), provvedere alla sua educazione, sorvegliare il suo trattamento. Il diritto Romano stabilisce il principio, che relativamente al genere di educazione da darsi al pupillo, ed all'ammontare della spesa da destinarsi pel suo mantenimento, si debba rispettare per quanto è possibile la volontà del defunto suo padre, espressa nel testamento (fr. 1, § 10, *Dig. de insp. ventre*, XXV, 4; fr. 1, § 1, 3; fr. 2, § 3, *Dig. ubi pupill.*, XXVII, 2). In mancanza di cotali indicazioni paterne, o trovandole improvide il magistrato, a richiesta del tutore, sentito un consiglio di famiglia[1] fisserà dove debba stare il pupillo, come debba essere

[1] Pel Codice Civile italiano il *minore indipendente* dalla patria potestà, e *l'interdetto,* oltre che un tutore (o se il minore è emancipato, oltre che un curatore) hanno per loro protezione e difesa un *consiglio di famiglia*, specie di magistratura permanente presso il pretore del mandamento, dove si trova la sede principale degli affari del minore (art. 249); un consiglio di famiglia assiste ancora i figli minori della donna, che si rimarita, sebbene costoro non sieno prosciolti dalla potestà di lei (art. 237).

Le persone nate fuori di matrimonio, o che *non sono nella legale tutela* del genitore che le ha riconosciute (art. 184) quando la loro filiazione è legalmente riconosciuta o dichiarata, nella minorità o interdizione invece di un *consiglio di famiglia* hanno un *consiglio di tutela*, al quale sono comuni tutte le disposizioni riguardanti il consiglio di famiglia, in quanto gli sono applicabili (art. 261).

I fanciulli ammessi negli ospizi a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione, che non abbiano parenti conosciuti e capaci dello uffizio di tutore, sono affidati all'amministrazione dell'ospizio, la quale è per essi il consiglio di tutela (art. 262).

Il consiglio di famiglia *si compone* del pretore, il quale lo presiede e lo convoca, e di 4 consulenti. Fanno altresì parte del consiglio il tutore, il protutore, e pel minore emancipato, il curatore. Il minore, compiuti i 16 anni, ha diritto di assistere, ma senza voto deliberativo, al consiglio di famiglia, del quale gli deve essere per conseguenza notificata la riunione (art. 251).

Il consiglio di tutela delle persone nate fuori di matrimonio, la filiazione delle quali è legalmente riconosciuta o dichiarata (e che non sono nella tutela legale del genitore che le riconobbe), *si compone* del pretore e di quattro persone

educato, e con quale spesa mantenuto (fr. 1, 2, 3, 4, 5, *Dig. ubi pupill.*, XXVII, 2; *cost.* 2, *Cod. de alim. pupil. præst.*, V, 50). Il pupillo è ordinariamente affidato alla madre (*cost.* 1, *Cod. ubi*

da lui scelte fra quelle che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore. In caso diverso, il consiglio di tutela si compone del pretore, di due consiglieri comunali, o di due altre persone scelte dal pretore stesso (art. 261).

Quando non fanno parte del consiglio in altra qualità, sono nel medesimo consulenti di diritto nell' ordine seguente: 1° gli ascendenti maschi del minore, 2° i fratelli germani, 3° gli zii. In ciascun ordine sono preferiti i prossimi, ed in parità di grado, i più anziani (art. 252).

Se questi consulenti mancano, o non sono in numero sufficiente, il pretore deve nominare altre persone allo stesso uffizio, scegliendole per quanto sia possibile e conveniente tra i prossimi parenti od affini del minore (art. 253). In mancanza di parenti od affini, il pretore sceglie quelle persone che abbiano avuto relazione di amicizia col genitore; in caso diverso due consiglieri comunali, o altre due persone qualunque (art 253, capoverso 1°).

Il Consiglio di famiglia *viene costituito* dal pretore, dietro informazioni o denunzia del bisogno del medesimo; informazione o denunzia che al pretore debbono fare:

a) l' uffiziale dello stato civile, che riceve la dichiarazione di morte di una persona, la quale abbia lasciato figli in minore età, o davanti il quale una vedova abbia contratto matrimonio,

b) il tutore nominato dal genitore, il tutore legittimo, e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia o di tutela. La mancanza in queste persone indicate sotto lettera (*b*) di tale denunzia, le espone alla pena dei danni in solido (art. 250).

Il pretore *costituito* il consiglio di famiglia, lo convoca nel più breve termine possibile, affinchè prenda i provvedimenti occorrenti (art. 250, capoverso 2°): Il Consiglio *è convocato* dal pretore o di uffizio, o dietro ordine del procuratore del re, o sulla istanza del tutore, protutore o curatore, o di due consulenti, o degli aventi un interesse legittimo (art. 257).

Le persone chiamate nei consigli di famiglia o di tutela, sono tenute a intervenirvi *personalmente*. L' assenza non giustificata è punita con ammenda estensibile a lire cinquanta. Nel caso che un membro del consiglio di famiglia si renda abitualmente assente, il pretore deve surrogarvi un' altra persona; ed ove non sia provata una giusta e permanente causa di assenza, ne riferirà al procuratore del re, il quale promuoverà contro quel membro in giudizio civile l' applicazione di una multa estensibile a Lire 500 (art. 255).

Per la *validità delle deliberazioni* del consiglio di famiglia si richiede la *convocazione* di *tutti* i membri di esso, e la *presenza almeno di tre* oltre il pretore. Il consiglio *delibera* a maggioranza assoluta di voti. A parità di voti, quello del pretore avrà la preponderanza (art. 258).

Quando la deliberazione *non è presa all' unanimità*, si farà menzione nel processo verbale dell' opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia.

Il tutore, il protutore, il curatore ed anche i membri intervenuti all' adunanza potranno impugnare tale deliberazione innanzi al tribunale in contraddittorio di membri che furono d' avviso contrario alla medesima (art. 260).

I membri del consiglio debbono astenersi dal prender parte alle deliberazioni nelle quali hanno un interesse personale.

Il tutore non ha voto quando si tratta della nomina, dispensa o remozione del protutore; ed il protutore non ha voto, quando si tratta della dispensa o remozione del tutore o della nomina di un nuovo tutore (art. 259).

Altrove dicemmo quali persone non possano esser membri del consiglio di famiglia (art. 268), e quali debbano esser remosse da quell' uffizio qualora l' avessero assunto (art. 269). Ora aggiungiamo che il pretore per ragione delle distanze, o per altri gravi motivi, ha facoltà di dispensare dall' uffizio di consulente le persone che ne facciano dimanda, surrogandone altre, secondo le norme stabilite negli articoli 252 e 253 sopra riferiti. Con le stesse norme il

pupill., V, 49; *Nov.* 22, c. 38); essa dandogli cattivo esempio o mancando, ad un altro congiunto di lui, purchè non sia un erede immediato: questi si teme possa attentare alla vita del pupillo, (*cost.* 2, *Cod. ubi pupill.*, V, 49; fr. 1, § 1, 2, *Dig. eod.*, XXVII, 2). Fissare la misura degli alimenti del pupillo, può il tutore anche da per se solo, qualora l'interesse del pupillo consigliasse a tenere celato il suo stato patrimoniale (*cost.* 2, *Cod.*

pretore surroga quei consulenti che nel corso della tutela cessassero dall'uffizio (art. 254).

L'uffizio del pretore e degli altri membri nel consiglio di famiglia e di tutela è gratuito (art. 263).

Le deliberazioni di competenza del consiglio di famiglia, e nei congrui casi di tutela, sono le seguenti:

1° Conferire la cura agli ascendenti prossimi del figlio dell'assente, quando la madre sia morta, o impossibilitata ad esercitare la patria potestà (art. 47).

2° Consentire al matrimonio dei minori se non esistono genitori, nè adottante, nè avi, nè avole, o se niuno di essi è nella possibilità di manifestare la propria volontà (art. 65). Il consiglio di tutela poi, deve deliberare se sia da consentire al matrimonio dei figli minori legalmente riconosciuti, in mancanza di genitori viventi e di adottante capace di consentire (art. 66). A questo consiglio spetta pure di dare il consenso pel matrimonio dei figli naturali non riconosciuti, in mancanza di genitori adottivi.

3° Autorizzare il tutore ed il curatore a fare opposizione al matrimonio dei minori che non hanno alcuno ascendente, ed i quali non abbiano ottenuto il permesso dal consiglio stesso, o i quali sieno infermi di mente (art. 84).

4° Impugnare il matrimonio contrattto senza il consenso del consiglio di famiglia o di tutela quando detto consenso era necessario (art. 108).

5° Impugnare il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente, contratto dopo l'interdizione, o mentre esisteva l'infermità per la quale l'interdizione fu decretata (art. 112).

6° Approvare l'adozione del minore privo di genitori viventi (art. 209).

7° Dispensare la madre superstite dalle condizioni che il padre per testamento o per atto autentico stabilì relativamente all'educazione ed alla amministrazione dei beni dei figli (art. 235, capoverso 1°).

8° Deliberare se l'amministrazione dei beni dei figli deve essere conservata alla madre che vuol passare a nuovo matrimonio, e se alla madre debbano imporsi condizioni, e quali riguardo a quell'amministrazione e all'educazione dei figli (art. 237). E qualora la madre per essere passata a nuovo matrimonio senza convocare il consiglio di famiglia, abbia di diritto perduta l'amministrazione, deliberare sulle condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli, e sulla nomina di un curatore ai loro beni (art. 238, capoverso 1°). Il consiglio di famiglia può anche riammettere la madre all'amministrazione dei beni (art. 238, capoverso 2°).

9° Nominare un tutore al figlio che non ne abbia nè testamentario nè legittimo o il cui tutore fu escluso o scusato (art. 245). Ed il consiglio di tutela deve nominare un tutore al minore figlio naturale legalmente riconosciuto dal genitore, quando la tutela legale di questo venga a cessare (art. 248) e nominare un tutore al figlio minore di genitori ignoti (art. 248).

10° Rieleggere il protutore, il cui uffizio cessò con la nomina di un nuovo tutore (art. 267).

11° Deliberare sulla *remozione* di tutori incapaci od esclusi per legge dall'uffizio (art. 271) e sulla *dispensa* dagli uffizi di tutore o protutore (art. 275 e 276).

12° Emancipare, se il crede conveniente, il minore che abbia compiuto i 18 anni, e che manca di genitore esercente la patria potestà (art. 311). E trattandosi di consiglio di tutela, emancipare, se il crede conveniente, il figlio

de alim. præst., V, 50), e può scostarsi, sotto la sua responsabilità personale, dalla misura assegnata dal magistrato, quando la trovasse eccessiva o insufficiente (fr. 2, § 1, 2, *Dig. ubi pupill.*, XXVII, 2). Concludiamo, che quando il pupillo ha viva la madre, o vivo altro congiunto, le funzioni del tutore relativamente alla persona fisica del pupillo sono assai limitate, e che il tutore più che altro dirige la parte economica del trattamento e dell'educazione del pupillo, somministrando con le rendite del patrimonio pupillare, i valori necessari per l'uno e per l'altra.

§ 221. Riguardo alla

persona giuridica del pupillo

molto più importanti sono le funzioni del tutore, e da queste veramente deriva il ditterio: *tutor personæ datur*. Queste funzioni sono assai differenti, a seconda dell'età del pupillo. Quando il pupillo è *infante*, il tutore rappresenta assolutamente la persona del pupillo, e fa per lui tutti quelli atti giuridici che non potrebbero omettersi o procrastinarsi senza danno del pupillo: *negotia pupilli gerere debet*, (fr. 1, § 2, *Dig. de admin. tut.*, XXVI, 7); quando il pupillo è uscito dall'infanzia (*infantia major*), e che per conseguenza può agire da per sè, il tutore completa, aumenta (*auget*) la personalità giuridica del pupillo, aggiungendovi la propria (*auctoritatem interponere s. auctor fieri debet*; vedi ULP., XI, 25; fr. 9, *Dig. de adq. hered.*, XXIX, 2).

naturale riconosciuto dal genitore, quando manchi il genitore che ne aveva la tutela legale (art. 312) od il fanciullo ammesso negli ospizi, che non abbia parenti conosciuti e capaci (art. 313).

13° Nominare un tutore al figlio minore emancipato (art. 314 e 315).

14° Nominare un curatore speciale che assista al rendimento di conti della precedente amministrazione, presentato al minore emancipato dalla persona stessa che a *causa dell'emancipazione* gli fu eletta a curatore (art. 316).

15° Autorizzare gli atti eccedenti la semplice amministrazione conclusi dal minore emancipato col consenso del curatore (art. 319). Deliberare sul rifiuto di consenso del curatore dal quale si richiama il minore emancipato (art. 320).

16° Privare del beneficio dell'emancipazione il minore emancipato, quando i suoi atti lo dimostrino incapace di amministrare (art. 321).

17° Pronunziare il proprio parere sull'interdizione della persona che si pretende afflitta da abituale infermità di mente (art. 327).

18° Nominare un tutore all'interdetto, in mancanza di tutore testamentario o legale (330).

19° Dispensare il coniuge, il padre, o la madre dell'interdetto, dall'obbligo di presentare gli stati annuali della loro amministrazione (331).

20° Nominare un curatore alla persona di cui vuolsi decretata l'inabilitazione (art. 339).

21° Regolare l'amministrazione del tutore in quella guisa che esponiamo là dove trattiamo dell'esercizio della tutela.

§ 222. Durante l'*infanzia*, l'uomo non avendo volontà razionale, non può fare alcun atto giuridico, neppure in modo incompleto; quindi il tutore li fa per lo infante, se sarebbe pregiudicevole ometterli o procrastinarli. In questo periodo dell' infanzia (che dai tempi di Ulpiano in poi si estende fino ai sette anni, fr. 1, § 2, *de admin. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 18, *Cod. de jure delib.*, VI, 30), *l'auctoritas* del tutore, non sarebbe sufficiente (Gajo, III, 107, 109; *Instit.*, § 9 e 10, *de inut. stip.*, III, 19; fr. 1, § 2, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7); fa di mestieri invece che il tutore agisca come mandatario, come un gestore di negozi; e perciò si dice che il tutore allora ha la *gestio* degli affari pupillari (Ulp., XI, 25). Il tutore in antico acquistava per sè i diritti, e si sottoponeva alle obbligazioni emergenti dalle sue contrattazioni: ma faceva cessione al pupillo delle azioni derivanti dai conclusi negozi giuridici, giunta l'epoca del rendimento di conti. In seguito, come vedremo, il pupillo senza bisogno di quella cessione potè sperimentare da sè quelle azioni; ed i terzi che avevano contrattato col tutore poterono agire contro il già pupillo, senza che quegli che fu tutore cedesse loro le azioni che avrebbe potuto esperimentare contro il pupillo medesimo (fr. 1, § 18, *Dig. de tut. et rat.*, XXVII, 3; fr. 25, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7), purchè per altro il tutore non avesse nella sua gestione ecceduto i limiti dei propri poteri (fr. 51, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 1, 3, 4, *Dig. quando ex facto tut.*, XXVI, 9).

§ 223. Nel diritto Antico, alcuni atti non potevano essere fatti da un rappresentante o procuratore, o l'infante non li poteva fare: perchè, come ci dice Teofilo (*Instit.*, III, 9, § 10), non poteva parlare (*infans*), o perchè non poteva intendere e giudicare ciò che faceva, sebbene le parole materialmente potesse pronunziarle (*infanti proximus*), ed in vero: *infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso differt, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent.* (Gajo, III, 109; *Instit. Imp.*, § 10, *de inutil. stip.*, III, 19). Questi atti era necessità farli eseguire da un servo del pupillo (fr. 6, *Dig. rem pup. salv. fore*, XLVI, 6), od in mancanza di questo, andavano rimessi alla epoca in cui egli fosse *pubertati proximus*, ed avesse per conseguenza se non il *plenum animi judicium* (il quale non si reputava acquistato prima della pubertà (Ulp., XX, 12), almeno *aliquem intellectum*, Gajo, III, 109; *Instit.*, *l. cit.*, § 10, III, 19). In seguito fu am-

messo che trattandosi di atti civili non eseguibili per mezzo di rappresentante, come p. e., l'acquisto o la repudia di una eredità, e la stipulazione (*stipulatio*), atti urgenti (come l'acquisto o la repudia di un eredità) o senza dubbio vantaggiosi al pupillo (come la *stipulatio*), potesse il pupillo accettare l'eredità o repudiarla, ma con l'*auctoritas* del tutore; e potesse *stipulare* da sè, qualora fosse stato *infanti proximus,* cioè almeno abile a pronunziare le formule necessarie all'uopo, sebbene non le intendesse (fr. 9, *Dig. de adq. hered.*, XXIX, 2; fr. 1, § 13, *Dig. de obligat. et. act.,* XLIV, 7; fr. 141; § 2, *de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 6, *Dig. rem. pupil. salv. fore*, XLVI, 6; GAJO, III, 109). Del pari (e sempre *propter utilitatem, benignus*, *favorabiliter,* vale a dire per interpretazione benigna e favorevole agli interessi del pupillo), l' infante sebbene realmente non parlasse (*non fans*) e di più non intendesse (*nullum intellectum*), fu reputato abile ad acquistare il possesso, quando questi avesse acquistato la fisica disponibilità di una cosa con l'*auctoritas* del tutore, che suppliva alla mancanza di giudizio nell'infante (fr. 32, § 2, *Dig. de adq. vel. amitt. posses.,* XLI, 2). Allorquando un critério più giusto, di quello che consisteva nell'esaminare se vi era o no facoltà di parlare, fu introdotto nel diritto per stabilire il termine della infanzia, essa indistintamente cessò ai 7 anni (fr. 1, § 2, *Dig. de admin. tut.,* XXVI, 7; fr. 14, *Dig. de spons.*, XXIII, 1). Chi non aveva compiuto il settimo anno, sebbene fosse assomigliato ad un alienato di mente agli effetti giuridici, con l'*auctoritas* del tutore potè, per eccezione, fare tutti quelli atti dei quali abbiamo ora parlato (accettazione di eredità, stipulazione ec.). Dopo Teodosio e Valentiniano, fu permesso al tutore di accettare da sè un'eredità pel pupillo infante, cioè minore di 7 anni (*cost.* 18, § 2 *de jure delib.*, VI, 30); ma disposizioni speciali di legge proibivano al pupillo sebbene *infantia major* e sussidiato dall' *auctoritas* del tutore, alcuni atti speciali, come *l'acceptilatio* (fr. 13, § 10, *de acceptil.,* XLVI, 4), e la costituzione di un procuratore giudiciario (fr. 24 *pr., de adm. tut.,* XXVI, 7; *cost.* 1, *Cod. de procurat.*, II, 13). A togliere di mezzo queste difficoltà, fu finalmente ammessa la rappresentanza del tutore pel pupillo, e ritenuto (come dicevamo nel § antecedente 223) che il tutore agisse pel pupillo infante, qual suo procuratore, avesse insomma la *gestio* dei suoi affari.

§ 224. Quando il pupillo ha superato l'infanzia, ed è nell'*impubertà* il tutore si limita ad *auctoritatem interponere.* Le frasi italiane: *autorizzare, dare l'autorizzazione*, corrispondono male alla latina *auctoritatem interponere,* perocchè questa esprime l'azione del tutore, che col suo concorso, aumenta, completa, accresce (*auget, auctor fit*) la personalità giuridica del pupillo, ossia la sua capacità giuridica o la sua *persona.* Appunto perchè è la *persona* in genere del pupillo che viene completata dal tutore, appunto per questo si dice che il tutore è dato alla *persona*, e non ad uno speciale affare: *certæ autem rei vel causæ, tutor dari non potest, quia personæ, non causæ datur,* (*Instit.*, § 4, *qui test tut.*, I, 14; fr. 12 e 14, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2). Non a tutti gli atti del pupillo che ha superato l'infanzia, è necessaria l'interposizione dell'*auctoritas* per parte del tutore.

a) Non è necessaria in generale a tutti gli atti coi quali il pupillo viene a migliorare la sua condizione.

b) È necessaria, quando per gli atti che egli conclude potrebbe peggiorarla, in quanto questi atti importino *alienazione di diritti o obbligazione* (Gajo, II, 83; *Instit. Imp. de auct. tut.*, I, 21; fr. 28 *in f. Dig. de pactis,* II, 14). Laonde mentre da se solo il pupillo può acquistare il possesso, il dominio o dei diritti frazionari del dominio (*jura in re*), come pure dei diritti emergenti da un rapporto obbligatorio (*Inst.* § 2, *quib. alien. lic. v. non,* II, 8; fr. 11, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *Instit. pr. de auct. tut.*, I, 21; fr. 9, *pr.*, § 1, *Dig. eod.*, XXVI, 8), ed in generale acquistare, accettare, e farsi promettere (*stipulare*); non può senza l'*auctoritas* del tutore *alienare o promettere* (Gajo, II, 80, 82, 84; Ulp., XI, 27; *Instit.*, § 2, *quib. alien.*, II, 8; *de auct. tut. pr.*, I, 21; *de inutil. stip.*, § 9, III, 19). Ed esemplificando, non può dare del danaro a mutuo, nè pagare: perocchè, come sarà detto in seguito, questi atti importino alienazione, del danaro o delle altre cose fungibili date al mutuatario, o al creditore; e non può neppure riscuotere un credito, cotale riscossione implicando essa pure alienazione del credito (vedi *Introduzione,* § 237, e Gajo, II, 82, 84; *Instit.*, § 2, *quib. alien.*, II, 8; fr. 19, § 1, *Dig. de reb. credit.*, XII, 1; fr. 9, § 2, *de auct. tut.*, XXVI, 8; fr. 14, § 8; fr. 15, 47, *de solut.*, XLVI, 3; *cost.* 25, 27, *Cod. de adm. tut.*, V, 37). Il pupillo, che senza l'*auctoritas* del tutore fa delle *convenzioni bilaterali,* suscettive, cioè, di far nascere un obbligo re-

ciproco e correspettivo nelle parti contraenti, obbliga la persona con cui contratta, verso di sè: ma non obbliga sè verso di quella; di qui deriva che egli ha la scelta di fare annullare la convenzione se gli è svantaggiosa, o di tenerla ferma se gli giova (*Instit. prin.*, *de auct. tut.*, I, 21; fr. 13, § 29, *Dig. de act. empt. et vend.*, XIX, 1). Per questo motivo, tali convenzioni diconsi *claudicanti:* infatti tengono per una parte sola. Tuttavia non è lecito al pupillo locupletarsi ingiustamente con altrui jattura; per conseguenza egli rimane obbligato in generale per un atto qualunque, fino a concorrenza del vantaggio che ne ha risentito (fr. 13, § 1; fr. 14, *de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 3 *pr.*, *Dig. commod.*, XIII, 6; fr. 5 *pr.*, § 1; *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8). Il pupillo non può, senza l'interposizione dell'*auctoritas* tutoria, adire un'eredità, chiedere una *bonorum possessio*, nè ricevere una eredità *fedecommessaria* (*Instit.*, § 1, *de auct. tut.*, I, 21; fr. 9, § 3, 4; fr. 11, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8; fr. 8 *pr.*, *Dig. de acq. hered.*, XXIX, 2; fr. 37, § 2, *Dig. ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1), ancorchè in sostanza quelli atti gli tornassero vantaggiosi; e questo perchè con tali atti il pupillo si *obbligherebbe* a pagare, p. e., i debiti del defunto, i legati, i fidecommessi: ed il pupillo non può *obbligarsi da se solo.* È vero che il pupillo (come sopra fu detto) può concludere da per sè negozi giuridici coi quali viene a migliorare la sua condizione, ma se questi negozi importano seco loro anche una obbligazione del pupillo, non gli sono altrimenti permessi, e gli atti ora ricordati sono appunto di questo genere. La repudia del pupillo di una eredità deferitagli, repudia *sine tutore auctore facta,* non gli nuoce (*cost.* 5, *Cod. de repud. vel. abstin. hered.*, VI, 31). Finalmente il pupillo non può stare solo in giudizio (*cost.* 1, 2, *Cod. qui legit. pers.*, III, 6; *cost.* 4, *Cod. de auct. præst.*, V, 59).

§ 225. Per la validità degli atti, che il pupillo non può fare solo, addimandasi: *a*) la dichiarazione di volontà del pupillo (fr. 1, § 2, *Dig. adm. et peric. tut.*, XXVI, 7): *b*) l'*auctoritas* del tutore. L'interposizione dell'*auctoritas* deve avere i seguenti caratteri; deve essere:

a) *verbale e personale;* non si ammette, per lettera, per nunzio, per procuratore: il tutore deve, dunque, essere presente, ed a viva voce interporre la sua autorità (*Instit.*, § 2, *de auct. tut.*, I, 21, fr. 9, § 5, *Dig.*, *eod. tit.*, XXVI, 8);

b) *simultanea* alla conclusione dell'affare, non anteriore nè posteriore di qualche tempo (vedi *Instit.*, *l. cit.*, § 2, I, 21; *Dig. eod.*; fr. 9, § 5, XXVI, 8);

c) *pura e semplice*; cioè senza condizioni, nè termine (fr. 8, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8). Tutti questi caratteri, che la legge esige nell'interposizione dell'autorità tutoria (dai commentatori indicati con la massima: *auctoritas interponi debet statim, pure, et a tutore præsente*), sono una conseguenza necessaria dell'indole propria all'*auctoritas* stessa. Essa è, lo dicemmo, un'integrazione della persona del pupillo, integrazione che si opera mediante il congiungimento della volontà tutoria a quella del pupillo; ora affinchè questo congiungimento sia perfetto, e costituisca un solo consenso, deve evidentemente avere le qualità sopr'accennate. Il difetto di una di esse renderebbe nulla l'interposizione dell'*auctoritas* (*Instit.*, § 2, *h. t.*, I, 21; fr. 9, § 5, *Dig. h. t.*, XXVI, 8). L'interposizione in discorso è facoltativa nel tutore: l'opera se la reputa conveniente (*si existimaverit*), non vi può essere costretto se la reputa dannosa; perocchè egli incorra in gravi responsabilità in conseguenza della medesima (fr. 17, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8). Se il pupillo *infantiæ major* ha concluso un qualche atto giuridico senza l'autorità del tutore, egli resta obbligato soltanto *naturalmente* (*Instit.*, § 3, *quib. mod. tol. oblig.*, III, 29; fr. 41 *pr.*, *Dig. de jurejur.*, XII, 2; fr. 21 *pr.*, *ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; fr. 64, *ad. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1; fr. 3, § 4, *de negot. gest.*, III, 5).

§ 226. Il pupillo può rimanere obbligato verso i terzi, senza interposizione d'*auctoritas*, a cagione di delitto, quando *sia pubertati proximus*; egli è reputato *doli capax*, e per conseguenza è ritenuto per moralmente e civilmente responsabile (*Inst.*, § 18, *de oblig. ex del.*, IV, 1; fr. 5, § 2, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2; fr. 23, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Rimane ancora obbligato senza interposizione di *auctoritas* tutoria, per *quasi contratto*; lo vedremo in seguito.

§ 227. Il tutore non può interporre la sua *auctoritas* in tutti quelli atti che egli tutore, o chi è sottoposto alla sua potestà (con cui adunque ha unità di persona) volesse concludere col pupillo *Instit.*, § 3, *h. t.*, I, 21). E la ragione ne è evidente: il tutore sebbene completi la personalità del pupillo, è quasi una persona stessa con lui, ponendo al di lui servizio il proprio intelletto, e

la propria volontà; ma una persona non può contrattare con se medesima, il contratto supponendo invece due persone distinte e separate: dunque il tutore non può contrattare col pupillo. Laonde il tutore non può comprare dal pupillo (fr. 34, § 7, *Dig. de contrah. empt.*, XVIII, 1), ammenochè egli non compri all'asta pubblica (*cost.* 5, *Cod. de contrah. empt.*, IV, 38) o con l'intervento di un contutore (fr. 5 *pr.*, § 2, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8); e se insorge lite fra tutore e pupillo, deve essere dato un curatore speciale *ad litem* (*Instit.*, § 3, *h. t.*, I, 21); così dispone il diritto Giustinianeo; nel diritto Antico, in tal caso, sarebbe stato nominato un *prætorius tutor,* conciossiachè nell'antica procedura il pupillo dovesse essere rappresentato in giudizio sempre da un tutore (Gajo, I, 184; Ulp., XI, 24), ma cessato il rigorismo di quella, fu nominato un curatore, e così non fu violato più il principio, *che il tutore non deve esser dato per un solo affare*, principio che in quest'emergenza pativa limitazione (fr. 3, § 2, *e seg.*; fr. 4, *Dig. de tutel.*, XXVI, 1; *cost.* 1, *Cod. de in lit. dand.*, V, 44). Il pupillo è assolutamente incapace di contrarre matrimonio e di far testamento, nè l'*auctoritas,* nè la *gestio* del tutore, possono in nessuna maniera abilitarlo a questi atti (vedi sopra, § 17). [1]

§ 228. Vediamo ora quali sieno i *poteri* e gli *obblighi* dei tutori relativi

[1] Tanto pel Codice Civile italiano quanto per diritto Romano gli uffici del tutore si possono distinguere in due categorie, cioè uffici relativi alla persona *fisica* e *giuridica* del minore e dell'interdetto, ed uffici relativi all'amministrazione de' beni.

Relativamente alla persona *fisica* del minore, l'art. 277 dichiara che il tutore *ne ha cura*; deve dunque difenderla, proteggerla; viceversa il minore deve rispetto ed obbedienza al suo tutore; se il tutore abusa della sua autorità o trascura gli obblighi del suo uffizio, il minore può portare le sue doglianze al consiglio di famiglia (art. 280). Il consiglio di famiglia al quale il tutore avesse esposto gravi motivi di doglianza per la cattiva condotta del minore, può autorizzarlo a provocare dal presidente del tribunale un decreto per collocare il minore in quella casa di correzione che reputi conveniente a correggerlo e migliorarlo (art. 279). Il consiglio stesso (qualora la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno) delibera sul luogo in cui il minore deve essere allevato e sull'educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore quand'abbia compiuto l'età di 10 anni (art. 278). Il minore ha il domicilio del tutore (art. 18, capoverso 1°). Il consiglio di famiglia, compiuto che sia l'inventario, stabilisce per approssimazione l'annua spesa pel mantenimento, per l'educazione e istruzione del minore e per l'amministrazione del suo patrimonio (art. 291).

L'interdetto è in stato di tutela (art. 329) perchè la sua abituale infermità di mente, lo rende incapace di provvedere a sè stesso; ha dunque bisogno, come il minore sottoposto a tutela, che il tutore abbia cura della sua persona fisica. Si può argomentare dagli articoli 278, 295, 331 del Codice, che quando la tutela

β ALL' AMMINISTRAZIONE DEL PATRIMONIO PUPILLARE.

(*Dig.*, lib. XXVI, tit. 7, *de administratione et periculo tutorum vel curatorum.*; *Cod.* lib. V, tit. 37, *de administratione tutorum vel curatorum.*)

Per formarsene un chiaro concetto, fa di mestieri considerare quei poteri e quelli obblighi, in tre momenti diversi:

a) nel momento in cui i tutori assumono l'amministrazione;

b) nel momento in cui amministrano;

c) nel momento in cui cessano dall'amministrazione.

a) *Nel momento in cui assumono l'amministrazione.*

§ 229. Appena il tutore assume l'amministrazione, deve:

non sia esercitata dal coniuge dell' interdetto, spetti al consiglio di famiglia deliberare sul luogo di residenza e sul trattamento per l' interdetto medesimo. Il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore (art. 18, capoverso 2°).

Il tutore relativamente alla persona *giuridica* del minore e dell'interdetto, ne ha la rappresentanza; *rappresenta il minore e l' interdetto negli atti civili* (art 277, e 329) agisce dunque come un loro procuratore. Nel diritto Romano relativamente al pupillo che aveva superato l' infanzia, il tutore ne *integrava*, o *completava* la personalità; pel Codice nostro invece qualunque sia l' età della persona sottoposta a tutela, il tutore (come faceva il tutore romano *durante l' infanzia* del pupillo) rappresenta il pupillo o l'interdetto: *negotia gerere debet*. Gli atti fatti dal *pupillo solo*, se nell' infanzia, *sono nulli assolutamente* per difetto di consenso, ma gli atti fatti dal *pupillo solo*, quando è superiore all' infanzia, sono nulli di *nullità relativa*, e la loro nullità non può opporsi che dal tutore, dal minore e dai suoi eredi ed aventi causa (art. 322). Gli atti conclusi dall' interdetto dopo la sentenza di interdizione, od anche dopo la nomina dell' amministratore provvisionale deputato dal tribunale nella pendenza del giudizio di interdizione alla cura della persona che vuolsi interdire (art. 327, capoverso 2°) sono *nulli di diritto*. Ma la nullità non può essere proposta se non dal tutore, dall' interdetto, e dai suoi eredi ed aventi causa (art. 335). Gli atti *anteriori all' interdizione* possono essere annullati, se la causa dell' interdizione sussisteva nel tempo in cui avevano luogo gli atti medesimi, e semprechè o per la qualità del contratto, o per il grave pregiudizio che ne sia derivato o ne possa derivare all' interdetto od altrimenti, resulti la mala fede di chi contrattò col medesimo (art. 336). Dopo la morte di un individuo gli atti da esso fatti non potranno essere impugnati per infermità di mente, se non quando o siasi promossa la interdizione prima della morte di esso, o la prova dell' infermità resulti dall' atto stesso che viene impugnato (art. 337). Quali sieno gli effetti delle obbligazioni contratte dal minore solo, o dall' interdetto lo vedremo meglio quando dovremo parlare dell'*azione di nullità*, e dell'*azione di rescissione*; allora tratteremo anche delle obbligazioni degli inabilitati, e di quelle della donna maritata (*Cod.*, art. 1107, e 1300 e 137). Avvertiremo qui, che il minore capace di contrarre matrimonio è pure capace di prestare il consenso per tutte le stipulazioni e donazioni che possono farsi nel relativo contratto, le quali sono valide, se egli è stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (art. 1386).

1° Prestar giuramento di bene amministrare.

2° *Satisdare*, ossia prestare cauzione per via di mallevadoria, *rem pupilli salvam fore*, quando non fosse di quei tutori, dalla legge esonerati da obbligo siffatto.

3° Redigere un inventario minuto ed esatto dei beni del pupillo alla presenza di persone fede degne.

1° *Il giuramento* è richiesto per legare la coscienza del tutore, ed obbligarlo anche col sentimento religioso ad astenersi dal danneggiare il pupillo. Da prima questo giuramento fu da Giustiniano prescritto al solo curatore del furioso (*cost.* 7, § 5, 7, *de cur. fur.*, V, 70; *cost.* 27, *Cod. de episc.*, I, 3), poi fu esteso a qualunque tutore e curatore (*Nov.* 72, c. 8; *Nov.* 155, *proem.*).

2° La *satisdazione* il tutore la presta per mezzo di mallevadoria. *Satisdazione* è voce, che si adopera in tre significati: nel più ampio significato esprime ogni garanzia sia *reale* (cioè mediante pegno o ipoteca) sia *personale:* cioè mediante mallevadori, giuramento, o nuda promessa (fr. 61, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 49, *Dig. de solutionibus*, XLVI, 3); in un significato più ristretto, esprime *cauzione* (vedi *Introduz.*, § 235) per via di pegno o di mallevadoria (fr. 59, § *ult.*, *Dig. mandati*, XVII, 1); nel significato poi il più limitato, significa *sicurtà* per mezzo di mallevadoria, ossia mediante dei fidejussori (fr. 1, *Dig. qui satisdare cogantur*, II, 8); è questo il significato in cui le leggi usano cotal voce quando parlano *de satisdatione tutorum vel curatorum* (vedi *Instit.*, lib. I, tit. 24). La satisdazione, che il tutore presta per via di mallevadoria, garantisce il pupillo più estesamente di un pegno, o di un'ipoteca, perocchè il pegno e l'ipoteca si costituiscono in una somma determinata dal valore dell'oggetto ipotecato od oppignorato, la quale potrebbe rimanere inferiore ai danni che il tutore arrecasse al pupillo: mentre la mallevadoria si estende a tutti quei danni, qualunque sia il loro ammontare. Non tutti i tutori indistintamente sono obbligati a *satisdare;* non lo sono quelli sul conto dei quali non cade alcun sospetto. Laonde i tutori testamentari, o quelli dati dai magistrati maggiori (come dal pretore, dai consoli, dal preside della provincia), non vi sono obbligati: sembrando sufficiente garanzia della loro retta amministrazione la scelta del testatore e l'inquisizione del magistrato (*cost.* 7, § 5, *Cod. de curat. furiosi*, V, 70; *Inst.*, *de satisd. tut. prin.*, I, 24; fr. 13, § *ult.*, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5; *cost.* 4, *Cod. de tut.*

qui sat. non ded., V, 42). I tutori legittimi, i tutori dati da magistrati inferiori, debbono satisdare: *rem pupilli salvam fore* (fr. 8, *Dig. de cur. fur.*, XXVII, 10; *cost.* 3, *Cod. de tut. qui sat. non ded.*, V, 42; *Nov.* 94, c. 1; *Nov.* 118, c. 5); perchè quei primi sono i più prossimi congiunti, e soltanto per questa loro qualità la legge li chiama all'ufficio, senza riguardo alla loro onestà o capacità ed i secondi sono nominati senza inquisizione. Da Costantino in poi, il pupillo è garantito contro i danni che potrebbe arrecargli il tutore, con un'ipoteca legale sopra tutto il patrimonio di lui (*cost.* 20, 21, 23, *Cod. de adm. tut.*, V, 37).

3° Mediante l'*inventario* si può sapere quale era lo stato dei beni affidati al tutore, quando entrò in uffizio, ed avere una base pel rendimento di conti: quindi l'obbligo in tutti i tutori di redigerlo (fr. 7 *pr., Dig. admin. tut.*, XXVI, 7). Quest'obbligo è così generale, che neppure la madre ne va esente, allorchè assume la tutela dei figli. Ma se la persona dalla quale il pupillo ereditò, espressamente proibì l'inventario di quell'eredità, allora il tutore non ha obbligo di redigerlo (*cost.* 13, § 1, *de arbit. tut.*, V, 51); da questo caso in fuori se senza una ragione sufficiente ne tralascia la redazione, il tutore deve essere destituito, incorre nell'infamia, ed il danno che egli arreca può essere valutato, mediante il giuramento *in litem* del pupillo (*cost.* 13, § 1, *de arbit. tut.*, V, 51; fr. 7 *pr.*, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).[1]

[1] Gli obblighi del tutore nel momento che assume l'amministrazione dei beni sono i seguenti:

1° *L'inventario.* Il tutore nei 10 giorni successivi a quello in cui abbia avuto legalmente notizia della sua qualità, deve fare istanza acciocchè vengano tolti i sigilli che fossero stati apposti, e fare immediatamente procedere all'inventario dei beni del minore, nonostante qualunque dispensa. Dovrà l'inventario essere terminato nello spazio di un mese, salvo al pretore di prorogare il detto termine, ove le circostanze lo richiedano (art. 281).

L'inventario si deve fare con l'intervento del protutore e coll'assistenza di due testimoni da scegliersi fra i parenti o gli amici della famiglia, per mezzo del notaio nominato dal genitore, o altrimenti dal consiglio di famiglia. Il pretore, o il consiglio di famiglia, potrà permettere che l'inventario sia fatto senza il ministero di notaio, quando i beni non eccedano il valore di lire 3000; l'inventario sarà depositato presso la pretura. Nell'atto del deposito il tutore ed il protutore dichiareranno *con giuramento* la sincerità dell'inventario (art. 282).

Nell'inventario si dichiareranno i mobili, crediti e debiti; si descriveranno le scritture, carte e note relative allo stato attivo e passivo del patrimonio, e si farà pure la designazione degli immobili. Il pretore o il consiglio di famiglia determinerà se e come si debba procedere alla stima dei mobili e alla descrizione dello stato degli immobili (art. 283).

Se nel patrimonio del minore fossero stabilimenti industriali o commer-

b) *Nel momento in cui amministrano.*

§ 230. I doveri dei tutori sono relativi alla ***conservazione*** del patrimonio pupillare, all'***aumento*** del medesimo, alle ***spese*** da farsi con quello, ed all'***alienazione*** di tutte o di parte delle cose che lo compongono.

1° Il tutore deve ***conservare*** il patrimonio pupillare, invigilando che non decresca, o non sia dissipato. Per conseguenza gli incombe l'obbligo:

ciali, si procederà nelle forme usate in commercio all'inventario dello stabilimento coll'intervento del protutore e di quelle altre persone che il pretore o il consiglio di famiglia credesse opportuno di delegare. Quest'inventario sarà pure depositato presso la pretura, ed il riepilogo di esso sarà registrato nell'inventario generale (art. 284).

Il tutore che abbia debito, credito od altre ragioni verso il minore, deve dichiararlo sull'interpellazione del notaio prima che incomincino le operazioni relative all'inventario. Il notaio farà menzione nell'inventario della fatta interpellazione e della data risposta. Nel caso di inventario senza opera di notaio, l'interpellazione al tutore sarà fatta dal pretore, che farà constare delle risposte del tutore nel processo verbale di deposito (art. 285).

Se il tutore, conoscendo il suo credito o le sue ragioni, espressamente interpellato, non ne avrà fatta dichiarazione, decaderà da ogni suo diritto. Qualora sapendo di essere debitore, non abbia dichiarato il suo debito, potrà essere remosso dalla tutela (art. 286).

Il tutore che omette di fare l'inventario nel termine o nel modo stabilito, *nonostante qualunque dispensa*, o lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni, e può essere remosso dalla tutela (art. 288).

Prima che sia compiuto l'inventario, l'amministrazione del tutore deve limitarsi agli affari che non ammettono dilazione (art. 289).

2° *Cauzione*. Il tutore che non sia l'avo paterno o materno, è tenuto a *dare cauzione*, se non è dispensato dal consiglio di famiglia con deliberazione che sarà sottoposta all'omologazione del tribunale. Il consiglio di famiglia determinerà la somma per la quale si deve dare la cauzione. Quando il tutore non preferisca un altro modo di cauzione, il consiglio di famiglia indicherà quei beni del tutore sui quali dovrà iscriversi l'ipoteca legale, ed ove il tutore non possegga beni sufficienti, si procederà alla nomina di un nuovo tutore. Il consiglio di famiglia delibererà intorno a ciò nella prima adunanza (art. 292).

Il consiglio di famiglia potrà nel progresso della tutela richiedere dal tutore la cauzione da cui fosse stato dispensato, e potrà parimente liberarlo da quella che avesse dato. Potrà pure estendere o ristringere l'iscrizione dell'ipoteca che si fosse presa in luogo della cauzione, ed anche autorizzarne la cancellazione. In tutti questi casi la deliberazione del consiglio deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale (art. 293).

3° Fare iscrivere l'ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti sui beni del tutore stesso (art. 1969, n. 3; art. 292, 293; art. 1983), quando sia tutore obbligato a dare cauzione, ed egli non preferisca dare cauzione in altra maniera (art. 292, 293). Quest'ipoteca legale deve essere iscritta nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia, accennata negli articoli 292 e 293, per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima; non adempiendo a tale obbligo nel termine stabilito, sono tenuti al risarcimento dei danni, incorrono in una multa estensible a lire 1000, e il tutore ed il protutore possono essere remossi dalla tutela o protutela (art. 1984).

a) di riscuotere i crediti pupilllari non sicuri, o che non sono fruttiferi (fr. 1, § 4; fr. 46, § 7, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 18, *Cod. eod.*, V, 37);

b) di vendere le cose che portano spesa, e quelle che serbate si guastano: *quæ servandum servari non possunt,* (fr. 7, § 1, *de adm. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 22, 23, *Cod. eod.*, V, 37);

c) di impedire i danneggiamenti ed i furti (fr. 32, § 1; fr. 50, *Dig. eod.*, XXVI, 7; *cost.* 24, *Cod. eod.*, V, 37; *cost.* 3 e 4 *Cod. de peric. tut.*, V, 38);

d) di provvedere alle riparazioni necessarie (*cost.* 22, *de adm. tut.*, V, 37);

e) di far valere tempestivamente i diritti e le pretensioni legittime (fr. 10 e 30, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7) del pupillo, difendendolo in giudizio contro ogni ingiusta domanda (fr. 9, § 6, *Dig. eod.*, XXVI, 7).

2° Il tutore deve procurare, non solo di conservare il patrimonio, ma anche di *aumentarlo* (fr. 3, § 1, 3, *Dig. ubi pupill.*, XXVII, 2). Quindi l'obbligo del tutore:

a) di impiegare utilmente i capitali del pupillo. Prima di Giustiniano era prescritto dalle leggi, che col danaro pupillare si comprassero dei beni immobili, e sussidiariamente che fosse impiegato in imprestiti fruttiferi; e l'omissione di questo dovere tutorio aveva per conseguenza, che il tutore fosse obbligato a pagare di proprio gli interessi del danaro tenuto infruttifero; interessi che decorrevano pel primo anno dopo 6 mesi, per gli altri anni dopo 2 mesi (fr. 7, § 3 e 11; fr. 13, § 1; fr. 15, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 24, *Cod. eod.*, V, 37; *cost.* 3, *de us. pupill.*, V, 56). Ma per la *Nov.* 72, cap. 6, 8, queste prescrizioni furono limitate al caso che le rendite del patrimonio pupillare non fossero sufficienti al suo mantenimento; altrimenti il tutore può depositare, o custodire i capitali pupillari.

b) Il tutore può dal patrimonio che amministra, prendere ad impiego fruttifero una qualche somma, pagando il frutto legale; ma se egli clandestinamente si serve a proprio vantaggio dei danari pupillari, può essere obbligato a pagare perfino il 12 per cento (fr. 54, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 7, § 4, 5, 10, 12, *Dig. eod.*; *cost.* 3, *Cod. arbit. tut.*, V, 51; *cost.* 1, *Cod. de usur. pupill.*, V, 56).

c) È a rischio del tutore l'impiego fruttifero del danaro,

concluso da lui (fr. 47, § 5 e fr. 50, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).

3° I tutori debbono resecare le *spese* inutili; ma tali non sarebbero quelle richieste dal decoro del pupillo (*cost.* 3, *Cod. de adm. tut.*, V, 37). Laonde i tutori possono pagare i debiti del pupillo (*cost.* 23, *Cod. eod.*, V, 37), e perfino fare col suo danaro, o con la sua roba, quei consueti *munuscula* (in occasione di certe solennità, o di certe emergenze), che l'uso e la convenienza autorizzano (fr. 12, § 3, e fr. 13, § 2; *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).

4° Per riguardo alle *alienazioni*, molte restrizioni subirono in gius Nuovo le facoltà dei tutori. Anticamente al tutore era lecito alienare liberamente i beni del pupillo, purchè non a titolo gratuito (Gajo, II, 64; fr. 27, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7), ma dopo un Senatusconsulto fatto *ad orationem Severi*, fu proibita al tutore l'alienazione volontaria dei fondi coltivati, ed in generale di tutti gli immobili fruttiferi, senza la *preventiva autorizzazione del magistrato*, la quale si accorda soltanto dietro ad una inquisizione intesa a constatare l'urgente necessità di quella vendita (fr. 1, § 2; fr. 5, § 1; fr. 11, *Dig. de rebus eorum qui sub. tut.*, XXVII, 9; *cost.* 6, *Cod. de præd. et al. reb. min.*, V, 71). Questa proibizione di vendere gli immobili, fu poi estesa a qualunque *alienazione* loro, alla costituzione di un *jus in re*, e specialmente del diritto di pegno e di ipoteca (fr. 1, § 4; fr. 3, § 4; fr. 5, § 1, 8, 10, *de reb. eor.*, XXVII, 9; *cost.* 4, 8, 13, 15, *Cod. de præd. et al reb. min.*, V, 71). Costantino generalizzò quel divieto di vendere all'alienazione di tutte le cose del pupillo, suscettive di conservazione, all'infuori degli animali inutili, e del vestiario (*cost.* 22, *Cod. de adm. tut.*, V, 37; *cost.* 4, *Cod. quando decret.*, V, 72); i prodotti agricoli furono eccettuati essi pure, ma per disposto di Giustiniano (*cost.* 28, § 5, *Cod. de adm. tut.*, V, 37). L'alienazione fatta in spreto di siffatte proibizioni è nulla, e non può servire di titolo all'usucapione durante la infanzia, e l'impubertà del pupillo (fr. 1, § 2; fr. 5, § 14; fr. 7, § 3; fr. 8, § 1; fr. 13, *Dig. de rebus eorum*, XXVII, 9; *cost.* 15 e 16, *Cod. de præd. et al. reb.*, V, 71; *cost.* 2 e 3, *Cod. si quis ignor.*, V, 73). Il pupillo può rivendicare le cose alienate, in mano di qualunque possessore, restituendo il prezzo che egli ha ricevuto (*cost.* 10, 14, 16, *Cod. de præd et al. reb.*, V, 71; fr. 5, § 15, *Dig. de reb. eor.*, XXVII, 9). Cotale alienazione si convaliderebbe:

a) se il pupillo divenuto maggiore la ratificasse espressamente (*cost.* 1, 2, *Cod. si major fact. rat. hab.*, V, 74), o se lasciasse trascorrere cinque anni dal dì della sua maggiorità, senza attaccarla, qualora quell' alienazione fosse stata correspettiva (*cost.* 3, *Cod. si major fact.*, V, 74). Se poi fosse stata una donazione, cioè un' alienazione a titolo gratuito, che non è lecita non solo al pupillo, ed al tutore, ma neppure al minore ed al suo curatore comunque autorizzati dal magistrato: il minore avrebbe facoltà di attaccarla, finchè non fossero decorsi i termini della prescrizione ordinaria, (cioè 10 anni fra i presenti, e 20 fra gli assenti), termini che cominciano a decorrere a carico del minore, soltanto quando esso diviene maggiore, cioè ai 25 anni (*cost.* 3, *Cod. si major factus,* V, 74);

b) se il pupillo è risarcito pienamente, pei danni risentiti in conseguenza dell'alienazione illegale (fr. 10, *Dig. de rebus eor.*, XXVII, 9):

c) se il pupillo diviene erede del tutore, o viceversa (*cost.* 14, *Cod. de rei vindic.*, III, 32, c. 3, *Cod. de reb. alien.*, IV, 51; *cost.* 14, *Cod. de evict.*, VIII, 45).

Il decreto del magistrato non è necessario all' alienazione che il tutore fa di quelle cose pupillari, (che per regola senza cotal decreto, non potrebbe validamente alienare) nei casi che appresso:

1° se i genitori del pupillo hanno permesso quell' alienazione col loro testamento (fr. 1, § 2; fr. 14, *Dig. de reb. eor.*, XXVII, 9, *cost.* 3, *Cod. quando decreto,* V, 72);

2° se il principe con un decreto l' autorizzò (*cost.* 2, *Cod. quando decreto*, VI, 72);

3° se l' alienazione fu giuridicamente necessaria; come se derivò da un giudizio divisorio voluto da un comproprietario, o da un' azione ipotecaria esercitata da un creditore; o da un vincolo fedecommessario (fr. 1, § 2; fr. 3, § 1; fr. 5, § 4, 6, 7, 16; fr. 6, 7, 8, § 2, *Dig. de reb. eorum*, XXVII, 9; *cost.* 17, *Cod. de præd. et al. reb.*, V, 71; *cost.* 2, *Cod. si advers. vend.*, II, 29) ec.;

4° se l'alienazione consiste in pagamenti, imprestiti fruttiferi, o compre (*cost.* 3, 16, *Cod. de adm. tut.*, V, 37, *Nov.* 72, c. 6). Anche in questi casi vi è alienazione (vedi sopra *Introduzione*, § 237), nel senso più lato della parola: perocchè pagando,

l'obietto pagato diviene proprietà di quello cui si paga; imprestando danaro, quel danaro diviene proprietà della persona cui si impresta; e comprando, il prezzo diviene proprietà del venditore: ma queste sono alienazioni che la legge permette al tutore, senza bisogno di autorizzazione del magistrato: perchè sono atti amministrativi, i quali se abbisognassero dell'intervento del magistrato, incepperebbero in modo incomportabile l'esercizio delle funzioni tutorie;

5° in antico il tutore poteva liberamente riscuotere i crediti del pupillo e farne quietanza, e così alienare i crediti stessi. Ma dopo una costituzione di Giustiniano, deve essere autorizzato a farlo dal magistrato, ammenochè non si tratti di riscuotere le rendite al più di due anni, che nel loro complesso non eccedano i 100 solidi (Gajo, II, 84; *Instit.*, § 2, *quib. alien. licet*, II, 8; *cost.* 25, 27, *Cod. de adm. tut.*, V, 37). Durante la sua amministrazione, il tutore ha l'obbligo di agire come un buon padre di famiglia; egli è responsabile dei danni che arreca con la propria *colpa*, ma in considerazione della necessità in cui si trovò di sobbarcarsi a questo ufficio, non è obbligato a portare nell'amministrazione, più di quella diligenza che suole adoperare negli affari propri: *qualem suis rebus adhibere solet*, (fr. 1 *pr.*, *Dig. de tut. et rat. distrah. act.*, XXVII, 3; fr. 23, *Dig. de reg. juris*, L, 17; *cost.* 7, *Cod. arbit. tut.*, V, 51).[1]

[1] Nel momento dell'amministrazione gli obblighi e i diritti del tutore sono i seguenti:

1° Depositare subito nella cassa dei depositi giudiziari, od in quella che sarà dal pretore designata, e far rimanere in deposito sino a che il consiglio di famiglia non abbia deliberato in proposito, i valori in numerario o in carte al portatore, e gli oggetti preziosi che si troveranno nel patrimonio dell'amministrato (art. 287).

2° Far vendere a' pubblici incanti nel termine di due mesi successivi alla formazione dell'inventario, i mobili dell'amministrato. Per altro il consiglio di famiglia potrà autorizzare il tutore a conservare detti mobili in tutto od in parte, ed anche a venderli ad offerte private (art. 290). Il tutore dell'interdetto non è tenuto a vendere detti mobili che servono all'abitazione della famiglia (art. 332).

3° Provocare una deliberazione del consiglio di famiglia, appena compiuto l'inventario, la quale determini per approssimazione l'annua spesa per l'educazione e l'istruzione del minore, pel mantenimento dell'interdetto e per l'amministrazione del patrimonio; e stabilisca la somma da cui cominci l'obbligo del tutore di impiegare gli avanzi delle rendite, il modo dell'impiego, e il tempo entro il quale debba essere fatto. Il tutore che avrà omesso di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia su questi oggetti, diventerà responsabile, alla scadenza di tre mesi, degli interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie (art. 291). Il consiglio di famiglia potrà eziandio stabilire cautele speciali per l'esazione e l'impiego di quella

c) *Nel momento in cui cessano dall'amministrazione.*

§ 231. Obblighi dei tutori sono:

1° Di presentare un rendimento di conti della propria gestione, tenendo per base l'inventario, e precisando accuratamente le entrate e le spese (fr. 111, *Dig. de condit. et demonstr.*, XXXV, 1). Questo rendimento di conti per diritto Romano non si fa che

parte di rendita che ecceda la somma dalla quale cominci l'obbligo pel tutore di impiegare gli avanzi delle rendite (art. 294).

4° Farsi autorizzare dal consiglio di famiglia, qualora circostanze particolari lo richiedano, ad impiegare in suo aiuto nell'amministrazione, sotto la sua responsabilità, una o più persone stipendiate (art. 295).

5° Fare iscrivere in nome dell'amministrato i titoli al portatore che si trovassero nel patrimonio, quando il consiglio di famiglia non ne abbia deliberata la conversione in altro impiego (art. 298).

6° Alienare e liquidare, con le cautele che determinerà il consiglio di famiglia, gli stabilimenti di commercio o d'industria che si trovino nel patrimonio dell'amministrato. Per altro il consiglio di famiglia potrà permettere la continuazione dell'esercizio di detti stabilimenti, quando vi sia l'utilità evidente dell amministrato, ma questa deliberazione deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale (art. 299).

Il tutore, *senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia*, *non può*, riscuotere i capitali dell'amministrato, farne impiego, prendere danaro a mutuo; accordare pegni od ipoteche; alienare beni immobili o mobili, eccettuati i frutti ed i mobili soggetti a facile deterioramento; cedere o trasferire crediti o carte di credito; fare acquisto di beni mobili od immobili, eccettuati gli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio; fare locazioni eccedenti il novennio; accettare o repudiare eredità: accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni; procedere a divisioni, o provocarle giudizialmente. Egli *non può parimente senza la detta autorizzazione* far compromessi o transazioni, promuovere azioni in giudizio, se non quando si tratta di azioni possessorie, o di questioni relative al conseguimento delle rendite, salvi i casi di urgenza (art. 296).

Il tutore ed il protutore *non possono assolutamente* comprare i beni del minore o interdetto, nè accettare la cessione di alcuna ragione o credito verso il medesimo. Non possono neppure prenderne in affitto i beni, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 300).

L'autorizzazione del consiglio di famiglia, quando dalla legge è richiesta per convalidare gli atti del tutore, non può essere data in genere, ma deve essere speciale per ciascun atto e contratto (art. 297).

Nell'autorizzare vendite d'immobili, il consiglio determinerà se debbano farsi ai pubblici incanti o per offerte private (art. 297, capoverso 1°).

Tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia per le quali sieno autorizzati *atti di alienazione*, di *pegno* od *ipoteca dei beni* del minore o interdetto devono essere sottoposte all'*omologazione del Tribunale*. Saranno parimente soggette a detta *omologazione* le deliberazioni che autorizzano il tutore a prendere *danari a prestito*, e quelle relative alle *transazioni*, ai *compromessi*, e alle *divisioni* in cui sia interessato il minore o interdetto (art. 301).

Gli atti compiuti nel modo voluto dalla legge nell'interesse di un minore o di un interdetto, hanno la forza che avrebbero se fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace (art. 1304). Se per lo contrario non sono osservate le formalità stabilite dalla legge, l'azione di nullità contro di quelli è ammessa (argomentasi dall'art. 1303).

La dote e le altre convenzioni matrimoniali dei figli di un interdetto sono regolate dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 334).

una volta, ed alla fine della tutela (fr. 4, *Dig. de tut. et rat.*, XXVII, 3). Nessuno può dispensare il tutore dal farlo, se si eccettua il già pupillo uscito di tutela; a lui solo è lecito rimettere al tutore quell'obbligo (fr. 9; fr. 20, § 1; fr. 28, § 4; fr. 31, § 2, *Dig. de liberatione legata*, XXXIV, 3). Un curatore assiste il pupillo nell'esame del rendimento di conti, (*Instit.*, § 2, *de curat.*; I, 23; fr. 9, § 4, *Dig. de tut. et rat.*, XXVII, 3).

2° Cessando dall'amministrazione, il tutore deve restituire al pupillo tutto ciò che di proprietà del medesimo egli ritiene. A questo è obbligato, ancor quando per legato fosse stato dispensato dal render conto (fr. 9, fr. 20, § 1, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3). [1]

[1] Nel momento in cui cessa dall'amministrazione, obblighi del tutore sono:

1° Rendere il conto della sua amministrazione. Questo rendimento di conti, vuolsi distinguere dagli stati annuali dell'amministrazione, che il tutore (ad eccezione dell'avo paterno e materno) deve ogni anno presentare al consiglio di famiglia sopra un foglio non bollato, senza spesa e senza formalità. Il consiglio di famiglia prima di approvare questi stati li deve fare esaminare da uno dei suoi membri (art. 303).

Qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il conto definitivo o di presentare gli stati annuali, è di nessuno effetto (art. 304). Ma quando la tutela è esercitata dal coniuge, dal padre, o dalla madre dell'interdetto, il consiglio di famiglia o di tutela può dispensare il tutore dall'obbligo di presentar gli stati annuali (art. 331).

Il conto definitivo della tutela si renderà quando il minore sia giunto alla maggiore età, e quando sia emancipato (art. 305), e trattandosi di tutela di interdetto, quando l'interdizione sarà rivocata, o l'interdetto viene a morire. Qualora l'amministrazione del tutore cessi prima che l'amministrato sia giunto alla maggior età, o sia emancipato, o venga liberato dall'interdizione, il conto dell'amministrazione deve rendersi a colui che succede nella tutela ed in presenza del protutore; il rendimento del conto non sarà però definitivo, salvo che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia. Se l'amministrato muore durante la minore età o l'interdizione, il conto sarà reso ai suoi eredi (art. 306).

Se la tutela cessi per la maggiore età dell'amministrato, o per revoca dell'interdizione il conto sarà reso all'amministrato medesimo. Ma il tutore del minore non sarà efficacemente liberato, se l'amministrato divenuto maggiore non sarà assistito nell'esame del conto dal protutore, o da quell'altra persona che in mancanza del protutore, sarà stata designata dal pretore (art. 307).

Nessuna convenzione fra il tutore ed il minore fatto maggiore può aver luogo prima della definitiva approvazione del conto della tutela (art. 307), capoverso). Lo stesso si dica dell'interdetto, perchè le disposizioni relative alla tutela dei minori sono comuni alla tutela degl'interdetti (art. 329, capoverso 1°).

2° Pagare il residuo debito. Il tutore deve pagare questo debito dal giorno dell'ultimazione del conto; tanto chè da questo giorno la somma a cui quel residuo debito ascende, produce interesse senza che occorra di farne la domanda (art. 308).

Per l'opposto gl'interessi della somma che dal minore o interdetto fosse dovuta al tutore, non decorrono se non dal giorno della domanda giudiziale fatta dopo l'ultimazione del conto (art. 308, capoverso 1°).

Le azioni del minore o interdetto contro i tutore o il protutore, e quelle

V. Dei contutori.

§ 232. In diritto Romano quando una tutela è deferita a più persone, ognuna di esse può agire sola, e la interposizione della sua autorità basta per convalidare tutti gli atti del pupillo (*cost.* 1, *Cod. si ex plur. tut.*, V, 40; *cost.* 5, *de auctoritate præstanda*, V, 59), se si eccettuano gli atti che hanno per scopo di porre termine alla tutela, i quali esigono l'intervento di tutti i tutori (*cost.* 5, *Cod. de auct. præst.*, V, 59). Tuttavia l'amministrazione può essere divisa fra i tutori, o affidata ad uno solo fra essi, sia dal testatore, sia dal magistrato, sia dai tutori medesimi (fr. 3, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 14, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). Generalmente (ed è il partito da seguitarsi di preferenza, come il più opportuno ed utile pel pupillo) (fr. 3, § 1 e *seg.*; *de adm. tut.*, XXVI, 7), l'amministrazione è affidata ad uno solo fra i tutori, il quale allora ha la gestione in modo esclusivo (fr. 27, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 7, § 3, *Dig. pro emptore*, XLI, 4), come un mandatario generale. Gli altri, chiamati *honorarii*, o *honoris causa dati*, non debbono fare nessuno atto amministrativo, ma limitarsi a sorvegliare il gerente, esigendo da lui con assiduità di essere informati come agisce, e curando sollecitamente il suo modo di amministrazione, e specialmente l'impiego delle rendite del pupillo. Vanamente si lusingherebbero costoro di non essere responsabili in guisa alcuna (*omnino non teneri*): sono responsabili di questa sorveglianza, come diremo più sotto (fr. 60, § 2, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; fr. 3, § 2, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7). Ciò non pertanto gli atti che costoro facessero, non sarebbero nulli; ma siccome agirebbero senza diritto, incorrerebbero nella massima responsabilità possibile (fr. 4, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 14; § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3).

§ 233. Allorquando esistono più tutori, o perchè il testatore ne nominò più, o perchè più persone sono nello stesso

del tutore verso il minore o interdetto relative alla tutela si prescrivono in dieci anni, computabili dal giorno della maggiore età, della revoca dell'interdizione o della morte dell'amministrato, senza pregiudizio però alle disposizioni relative alla interruzione e sospensione del corso delle prescrizioni (art. 309).

La prescrizione stabilita da quest'articolo 309 non si applica all'azione pel pagamento del residuo resultante dal conto definitivo (art. 309, capoverso).

grado di parentela col pupillo: le regole, che determinano a quale di questi più tutori debba essere affidata l'amministrazione, e quali debbono rimanere tutori onorari, sono le seguenti:

1° Deve essere preferito il tutore, che offre di dare la garanzia più solida e più estesa.

2° Se niuno offre garanzia, e la tutela è testamentaria, deve essere preferito quello che è stato designato dal testatore come *gestore*.

3° Se fra i più tutori che il testatore ha nominato, egli non ha designato il gestore, e niuno offre garanzie la gestione viene affidata a colui che la maggiorità dei tutori elegge a questo ufficio; e se essi non si pongono d'accordo in quest'elezione, il magistrato elegge da per sè il gestore, il quale deve prestare mallevadoria agli altri tutori che egli amministrerà rettamente, mallevadoria che gli altri tutori esigono nel proprio interesse: perocchè essi sieno tutti responsabili l'uno dell'altro (*Instit.*, § 1, *de satisdatione tutorum,* I, 24; fr. 17, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; fr. 7, *Dig. rem pupilli salvam fore,* XLVI, 6; fr. 3, § 1 e 7, *Dig. de adm. et peric.*, XXVI, 7).

4° Ma questa scelta del magistrato, non è legge per i più tutori, e se essi non ne sono sodisfatti, possono collettivamente assumere l'amministrazione e dividersela (fr. 3, § 8 e 9, *Dig. de admin. et peric.*, XXVI, 7. - Non si oppone la *Nov.* 118, cap. 5).

§ 234. Quando l'amministrazione della tutela è stata divisa fra più tutori o dal magistrato o dal testatore, ogni tutore risponde della propria amministrazione soltanto; salvo l'obbligo che gli incombe di sorvegliare quella degli altri (*cost.* 2, *Cod. de dividenda tutela,* V, 52). Ma del difetto di sorveglianza, i tutori *onorari* sono responsabili sussidiariamente soltanto; e lo sono dopo i mallevadori del tutore gerente, e dopo i magistrati che l'hanno nominato (fr. 1, § 15, *Dig. de tutelæ actione,* XXVII, 3). Se poi l'amministrazione della tutela non fu divisa fra i più tutori, nè dal testatore nè dal magistrato, i contutori sono solidariamente responsabili dell'amministrazione di tutta la tutela; e non possono esimersi da questa responsabilità, per via di accordi fra loro; questi accordi che facessero, non potrebbero essere opposti al pupillo (fr. 55, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 2 e 3, *Cod. de divid. tut.*, V, 52). Ma il contutore, escusso

per l'intiero danno risentito dal pupillo in conseguenza dell'amministrazione tutelare, godrebbe di benefizi analoghi a quelli, che vedremo essere propri dei confideiussori.

§ 235. Se poi o dal testatore o dal magistrato fossero stati nominati più tutori, ma per due o più masse separate di beni, l'uno esempigrazia, per i beni di una provincia, l'altro pei beni di provincia diversa, allora ogni massa di questi beni, ha una amministrazione separata; e fra questi diversi tutori non esiste solidarietà, nè obbligo di reciproca sorveglianza, imperocchè si considerino in tal caso, esistere tante tutele, quante sono le separate amministrazioni (*Vat. fr.* 229; fr. 15, *Dig. de testam. tut.*, XXVI, 2; fr. 27, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5; fr. 21, § 2, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1).

VI. Fine della tutela.

(*Instit.*, lib. I, tit. 22, *quibus modis tutela finitur.*; *Cod.*, lib. V, tit. 60, *quando tutores vel curatores esse desinant.*)

§ 236. Finisce: *A*) *ipso jure, B*) o per intervento del magistrato.

A) Cessa *ipso jure* la tutela:

a) relativamente alla *persona del pupillo:*

1° con la sua morte (fr. 4 *pr.*, *Dig. de tutelæ actione,* XXVII, 3);

2° con la sua pubertà (Gajo, I, 196; Ulp., XI, 28; *Instit. pr.*, *h. t.*, I, 22);

3° soffrendo una *capitis diminutio* qualunque; perchè la *magna capitis diminutio* cagiona la perdita della cittadinanza, e tutore, secondo il diritto Civile Romano, non possono averlo se non che i cittadini; la *minima capitis diminutio* il pupillo non può subirla che dandosi in arrogazione, ed allora l'arrogatore acquistando potestà patria sul già pupillo, ora arrogato, questi non ha più bisogno di tutela (fr. 1, *Dig. de tut.*, XXVI, 1).

b) Relativamente alle persone del tutore, cessa la tutela:

1° con la sua morte (*Instit.*, § 3, *h. t.*, I, 22; fr. 4, *Dig. de tut. rat.*, XXVII, 3):

2° con la *magna capitis diminutio*, tutore potendo essere il

solo cittadino; non con la *minima*, conciossiachè eziandio un figlio di famiglia, ovvero una persona *alieni juris*, possa esercitare le funzioni di tutore. Nel diritto Antico *la minima capitis diminutio* avrebbe fatto cessare la tutela legittima, conciossiachè per quella diminuzione di capo, si sarebbe perduta l'agnazione, che era la condizione imprescindibile per venire chiamati dalla legge a far da tutore (*Instit.*, § 4, *quib. mod. tut. fin.*, I, 22; fr. 7, *Dig. de cap. min.*, IV, 5; fr. 5, § 5, *Dig. de legit. tut.*, XXVI, 4), ma questo non accade più in gius Nuovo, in cui non è più l'agnazione la base della tutela legittima (vedi sopra, § 211):

c) la tutela che per testamento fu conferita a termine o sotto condizione, cessa al giungere del termine, od al purificarsi della condizione (*Instit.*, § 1 e 2, *de Atil. tut.*, I, 20; § 2, 5, *h. t.*, I, 22; fr. 14 *pr.*, § 5, *Dig. de tut.*, XXVI, 1).

B) Per intervento del magistrato cessa la tutela,

1° Se il tutore fa valere una scusa che lo esoneri dalla tutela impresa (vedi sopra, § 216, lett. B). Pare che in gius Antico fosse lecito al tutore dimettersi arbitrariamente dalle sue funzioni (ULP., XI, 17); ma in gius Nuovo non gli è più permesso; ed il magistrato deve conoscere le scuse addotte dal medesimo, e giudicarne.

2° Se sopravviene al tutore una *incapacità* ad esercitare tale ufficio (vedi § 214). Per la madre, tale incapacità potrebbe derivare dal suo passaggio a seconde nozze (*Nov.* 22, cap. 40; *Nov.* 94, cap. 2). La demenza sopravvenuta al tutore non lo priva della sua qualità: dà luogo alla nomina di tutore interino (fr. 10, § 8; fr. 12, *de excusat.*, XXVII, 1).

3° Se il tutore viene *remosso* per sospetto di cattiva amministrazione (vedi GAJO, I, 182; *Instit.*, *Tit. de suspectis tutoribus vel curatoribus*, I, 26; *Dig.*, *Tit. eod.* XXVI, 10, *Cod. eod.*, V, 43).

§ 237. *Sospetti* diconsi quei tutori, che nella loro amministrazione commettono delle frodi od anche peccano di negligenza (*culpa*), o come dicono le Istituzioni imperiali, *qui non ex fide gerunt* (§ 5, *h. t.*, I, 26), sieno essi o no solventi. Per provocare la *remozione* di un tutore come *suspectus*, la legge Decemvirale (*Instit. pr.*, *h. t.*, I, 26; fr. 1, § 2, *Dig. h. t.*, XXVI, 10), aveva dato un'azione, *actio suspecti tutoris*, la quale poteva essere intentata da chiunque del popolo, perfino dalle donne, e che perciò

si chiamava *quasi pubblica* (*Instit.*, § 3, *h. t.*, I, 26; fr. 1, § 6 e 7, *Dig. h. t.*, XXVI, 10; *cost.* 6, *Cod. eod.*, V, 43). Obbligati ad intentarla erano: i contutori sotto pena di loro responsabilità (fr. 3, *Dig. h. t.*, XXVI, 10, *cost.* 8, *Cod. eod.*, V, 43), i liberti (fr. 2, *Dig. h. t.*), i più stretti congiunti, e specialmente la madre. Intentarla non poteva il pupillo da sè, perchè in generale da sè non aveva facoltà di stare in giudizio (*Instit.*, § 4, *h. t.*, I, 26), ma i puberi potevano agire contro i loro curatori sospetti, sentito il consiglio dei più stretti congiunti (*Instit.*, § 4, *h. t.*, I, 26; fr. 7, *Dig. h. t.*, XXVI, 10). Il magistrato aveva facoltà di agire *ex officio* contro il tutore sospetto.

§ 238. Qualunque tutore, sia testamentario, sia legittimo, sia dativo, può essere accusato come *sospetto* (*Instit.*, § 2, *h. t.*, I, 26; *cost.* 4, *Cod. h. t.*, V, 43). In antico il tutore legittimo non poteva essere accusato affinchè non incorresse nell'infamia, in seguito della sua remozione come *suspectus*. Si preferiva aggiungergli un curatore (fr. 9, *Dig. h. t.*, XXVI, 10). Se si trattava di un tutore legittimo, patrono, dicono le Istituzioni imperiali, che si doveva usare qualche riguardo alla sua reputazione (*famæ patroni parcendum*, § 2, *h. t.*), laonde il magistrato non inseriva nella condanna i motivi della sua remozione, per sottrarlo all'infamia. Tutore sospetto non sarebbe stato il tutore diligente e fedele, ma povero. (*Instit.*, § 13, *h. t.*, I, 26; fr. 8, *Dig. h. t.*, XXVI, 10), sibbene quello, *qui talis moribus est*, *ut suspectus sit.*

§ 239. Intentata l'azione *suspecti tutoris*, il tutore era sospeso, e surrogato da un tutore interino (*Instit.*, § 7, *h. t.*, I, 26), ma veniva restituito all'ufficio, se si constatava inappuntabile la sua condotta (fr. 14, § 1, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; *cost.* 7, *Cod. eod.*, V, 43). Riconosciuto colpevole di *dolo* o di *colpa lata*, incorreva nell'infamia (*Instit.*, § 6, *h. t.*, I, 26; *cost.* 9, *Cod. h. t.*, V, 43): perocchè anche in questo, la colpa lata si equiparasse al dolo (fr. 226, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 7, § 1, *Dig. h. t.*, XXVI, 10); dichiarato imputabile di colpa leve, era remosso senza infamia, come senza infamia era remosso il patrono (fr. 3, § *ult.*, *Dig. h. t.*, XXVI, 10; *cost. ult.*, *Cod. h. t.*, V, 43). Ammessa questa mite sentenza, fu lecito intentare l'*actio suspecti tutoris* eziandio contro il tutore che non aveva cominciato ad amministrare (§ 5, *Inst. h. t.*, I, 26), e così anche per una incapacità presunta (fr. 3, § 12, 18, *Dig.*; fr. 4, § 2; fr. 8, *Dig. h. t.*, XXVI, 10). Il tutore remosso come

reo di frode poteva essere punito straordinariamente dal prefetto della città, cui era rinviato l'affare (*Instit.*, § 10 e 11, *h. t.*, I, 26; fr. 3, § 15, *Dig. h. t.*, XXVI, 10).

§ 240. Si estingueva l'*actio suspecti tutoris* se la tutela finiva prima che fosse pronunziata la sentenza; a garantire gli interessi del pupillo erano allora sufficienti le azioni della tutela (*Instit.*, § 8, *h. t.*, I, 26; fr. 3, § 5, 11; fr. 11, *Dig. eod.* XXVI, 10; *cost.* 1, *in f. Cod. eod.*, V, 43). [1]

VII. Azioni nascenti dalla tutela.

(*Dig.*, lib. XXVII, tit. 3, *de tutelæ et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione*; tit. 4, *de contraria tutelâ et utili actione*; *Cod.*, lib. V, tit. 51, *arbitrium tutelæ*.)

§ 241. L'amministrazione della tutela fa nascere fra il tutore ed il pupillo delle relazioni analoghe a quelle che esistono fra il mandante ed il mandatario; diciamo analoghe e non identiche, perchè, come vedremo in progresso, la *tutelæ gestio* è un *quasi contratto*, e non un *contratto*, come è il mandato.

Fra le azioni nascenti dalla tutela, alcune spettano al pupillo, altre al tutore.

α) Spetta al pupillo contro il tutore:

1° l'actio *tutelæ directa*. Quest'azione tende:

a) a far render conto al tutore della sua gestione (fr. 1, § 3, *Dig. h. t.*, XXVII, 3; *cost.* 9, *Cod. eod.*, V, 51);

[1] La tutela, pel Codice nostro, finisce nella persona del tutelato:
1° Per *l'emancipazione*, e *per la maggiore età* del minore (art. 305 e 306).
2° Per la *revoca dell'interdizione* (art. 338).
L'interdizione è *promossa* da qualunque congiunto, dal coniuge e dal pubblico Ministero (art. 326). *Non può essere pronunziata*, se non avuto il parere dal consiglio di famiglia o di tutela (del quale non possono far parte nè assistere alle sue deliberazioni, il coniuge ed i discendenti della persona di cui si domanda l'interdizione, ed i parenti che l'abbiano promossa) e dopo essersi proceduto allo interrogatorio della persona contro cui si promuove (art. 327). *Produce il suo effetto* dal giorno della sentenza (art. 328). Finalmente *è revocata ad istanza* dei parenti, del coniuge, o del pubblico ministero quando venga a cessare la causa che vi abbia dato luogo (art. 338).
Il consiglio di famiglia deve vegliare per riconoscere se continui o se cessi la causa dell'interdizione (art. 338, capoverso).
Finisce la tutela nella persona del tutore:
1° Per morte di lui.
2° Per dispensa dal continuare l'esercizio della tutela (art. 273, 276).
3° Per incapacità sopravvenutagli (art. 268).
4° Per esclusione o remozione dagli uffizi tutelari (art. 269, 270, 271, 288, 1984).

b) a fargli restituire il patrimonio pupillare, e tutto ciò che ha ricevuto per conto del pupillo durante la sua gestione, più i frutti e gli interessi percetti o percipiendi (fr. 2, *Dig. quando ex facto tut.*, XXVI, 9; *cost.* 1, 3, 9, 13, *Cod. arbitr. tut.*, V, 51; *cost.* 4, *Cod. de hered. tut.*, V, 54).

c) ad ottenere indennità di tutti i danni cagionati dal tutore al pupillo, ammenochè non provi che i danni stessi avvennero in conseguenza di *colpa lieve*, e tale che egli vi incorre nella amministrazione degli affari propri (vedi sopra, § 230, *in fine*); ma se spontaneo si fosse profferito a fare da tutore, si esigerebbe da lui la diligenza propria in astratto di un uomo diligente, e non quella che in concreto cotal tutore *in suis rebus adhibere solet;* e però sarebbe responsabile della mancanza di quella, non che di questa (fr. 53, § 3, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). I suoi eredi non sono responsabili che della *colpa lata*, tanto per riguardo alle operazioni fatte da lui, quanto per riguardo alle proprie, con le quali continuarono per necessità la gestione del tutore loro autore, quando venne a morte (fr. 1, § 16, *Dig. h. t.*, XXVII, 3; fr. 1, fr. 4 *pr.*, § 2; fr. 8, § 1, *Dig. de fidejus. et nominat.*, XXVII, 7, *Cod. Tit. de hered. tut.*, V, 54; fr. 39, § 6, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).

2° *L'actio de rationibus distrahendis*, azione penale derivante dalla legge Decemvirale, con la quale il tutore è condannato a pagare il doppio valore di ciò che egli fraudolentemente sottrasse o distrasse dal patrimonio pupillare (fr. 55, § 1, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7). Spetta al pupillo ed ai suoi eredi, ma non può sperimentarsi contro gli eredi del tutore. Non può essere cumulata con l'*actio tutelæ* perchè tende allo stesso scopo (fr. 1, § 20; fr. 2, *Dig. de tut. et rat. distrah. act.*, XXVII, 3, *Cod. Tit. de in litem jurando*, V, 53).

3° Il pupillo ha un'azione ipotecaria in seguito dell'ipoteca generale che la legge gli accorda sui beni del tutore (vedi sopra, § 229, n° 2), e dopo Settimio Severo ha un'ipoteca speciale sulle cose comprate coi suoi danari (fr. 7, *Dig. qui potiores in pign.*, XX, 4; fr. 3 *pr.*, *Dig. de rebus eorum qui sub tutela*, XXVII, 9; *cost.* 6, *Cod. de servo pignori dato manumisso*, VII, 8).

4° Il pupillo può *rivendicare* le cose comprate coi suoi danari, come se fossero state acquistate da lui (fr. 2, *Dig. quando ex facto tutoris*, XXVI, 9; *cost.* 3, *Cod. arbitr. tutelæ*, V, 51).

Sussidiariamente il pupillo ha azione per farsi risarcire dei danni arrecatigli dal tutore, contro le persone seguenti:

I. contro i fideiussori del tutore (fr. 32, *de adm. tut.*, XXVI, 7; fr. 7, § 1; *Dig. h t.*, XXVII, 3);

II. contro gli *affirmatores*, cioè coloro che avevano assicurato il magistrato della idoneità del tutore designato per nominarsi (fr. 4, § 3, *Dig. de fidejus. tut.*, XXVII, 7); contro i *postulatores*, cioè contro coloro che avevano chiesto la destinazione di un tutore o di un curatore (fr. 2, *Dig. de fidejus. tut.*, XXVII, 7), e contro i *nominatores*, cioè coloro che avevano presentato il tutore con la *potioris nominatio* (vedi *Dig.*, *Tit. de fidejus tut.*, XXVII, 2, e fr. 11, § 1, *Dig. ad municip.*, L, 1);

III. contro il magistrato, che si fece reo di negligenza, nella inquisizione prescrittagli dalla legge sulla idoneità, e solventezza del tutore (*Instit.*, § 2, 4, *de satisdatione tut.*, I, 24; fr. 5, *Dig. de conf. tut.*, XXVI, 3, *Dig.*, *Tit. de magistrat. conveniendis*, XXVII, 1; fr. 1 *pr.*, § 2, 3, 5, 12; fr. 7, *Dig. h. t. Cod. eod. tit.*); e perfino contro gli eredi del magistrato medesimo, quando egli si fosse reso reo di *colpa lata*, (*Instit.*, § 2, *de satisdat. tut.*, I, 24; fr. 4, 6, *Dig. de magistr. conv.*, XXVII, 8; *cost.* 2, *Cod. eod.*, V, 75);

IV. finalmente contro i tutori onorari, che non sorvegliarono il tutore gerente, o che non intentarono contro di lui l'*actio suspecti tutoris*, (vedi sopra, § 232 e 234).

β) Spetta al tutore ed ai suoi eredi contro il pupillo e suoi eredi, un'*actio tutelæ contraria* accordatagli dal pretore (fr. 1, *Dig. h. t.*, XXVII, 4). Con questa si può ottenere:

1° Il rimborso delle spese fatte dal tutore per interesse e profitto del pupillo (fr. 1, § 5, e fr. 3, *Dig. h. t.*, XXVII, 4; fr. 2, 3, 4, *Dig. ubi pupill. educ. debet*, XXVII, 2; *cost.* 2, *Cod. de alim. pup. præst.*, V, 50; fr. 33, § 3, *de adm. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 3, *Cod. de adm. tut.*, V, 37); ma non già per ottenere un salario o una mercede, quando questa non fosse stata promessa al tutore allorchè fu nominato (fr. 33, § 3, *Dig. de adm. tut.*, XXVI, 7).

2° La liberazione dalle obbligazioni che nell'interesse del pupillo il tutore avesse contratte coi terzi (fr. 6, *Dig. h. t.*, XXVII, 4).

VIII. Del protutore e del *falsus tutor.* [1]

(*Dig.,* lib., XXVII, tit. 5, *de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit;* tit. 6, *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur; Cod.,* lib. V, tit. 45, *de eo qui pro tutore negotia gessit.*)

§ 242. Chiamasi *falsus tutor* quello che agisce in mala fede come tutore, fingendo di esserlo. *Pro tutore,* quello che agisce in buona fede qual tutore, credendo di esserlo. Il pretore accordava le azioni della tutela contro costoro, e dava ad essi le azioni contrarie della tutela contro il pupillo (fr. 1 *pr., Dig. h. t.*, XXVII, 5; fr. 1, § 1, fr. 3, § 8, *de contraria tutelæ actione* XXVII, 4). Queste azioni, *actiones protutelæ,* possono essere sperimentate contro il protutore e il falso tutore, dal pupillo prima che egli sia uscito dalla tutela (fr. 1, § 3, *Dig. h. t.*, XXVII, 5). La responsabilità del protutore è quella stessa del tutore, mentre la responsabilità del falso tutore è maggiore, perchè spontaneo ha assunto sì delicata missione, e con frode ha tratto in inganno chi ha contratto con lui; e perciò risponde di qualunque più leggera negligenza (fr. 1, § 9; fr. 4, *Dig. h. t.*, XXVII, 5; fr. 53, § 3, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). I negozi civili conclusi dal pupillo

[1] Il Codice Civile italiano ammette *un protutore*, o un *tutore surrogato* che ha qualche anologia col *tutore pretoriano* del diritto Romano antico, cui poi fu sostituito il *curatore ad litem* (vedi il *testo* a queste note, § 227).

La somma dei suoi obblighi si riduce:

a) Ad agire pel minore e rappresentarlo nei casi nei quali l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore (art. 266).

b) A promuovere la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante od abbandonata; e frattanto egli rappresenta il minore e può fare tutti gli atti conservativi, ed anche gli amministrativi che non ammettono dilazione (art. 266, capoverso 1°).

c) A procurare l'iscrizione dell'ipoteca legale contro il tutore (art. 1983).

Il protutore è nominato da chi ha diritto di nominare il tutore ed è nominato nella medesima forma; in mancanza, la nomina è fatta dal consiglio di famiglia (art. 264). Nei casi in cui il consiglio di famiglia è chiamato ad eleggere il tutore ed il protutore, l'elezione del tutore deve precedere quella del protutore, la quale deve farsi immediatamente dopo, nella stessa adunanza (art. 264, capoverso 2°).

Il tutore non può assumere l'esercizio della tutela, se non vi è protutore; e non essendovi, egli deve promuoverne la nomina senza ritardo (art. 265).

Se il tutore contravviene a questa disposizione, potrà essere remosso, e sarà sempre tenuto al risarcimento di ogni danno (art. 265, capoverso 1°).

Cessa d'uffizio il protutore con la nomina di un nuovo tutore; ma il consiglio di famiglia lo può rieleggere (art. 267). Può essere remosso dalla protutela, se non procura in tempo debito l'iscrizione dell'ipoteca legale a favore del minore o sottoposto sui beni del tutore (art. 1983 e 1984); cessa poi il suo ufficio ancora per le altre cause per le quali cessa quello del tutore.

con l'*auctoritas* del protutore o del falso tutore, possono dal pupillo essere rispettati o attaccati; ciò è in suo arbitrio (fr. 2, *Dig. de eo qui pro tut.*, XXVII, 5; fr. 1, § 5, *Dig. quod. falso tut. auct.*, XXVII, 6; fr. 14, § 2; fr. 34, § 4, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). Quelli che trattarono col protutore o col falso tutore, rimangono obbligati; ma se erano in buona fede, possono ottenere la *in integrum restitutio* (fr. 1, § 1 e 6; fr. 2, 6, *Dig. quando fals. tut. auct.*, XXVII, 6). Contro il falso tutore hanno una *in factum actio* per ottenere di essere indennizzati (fr. 7, 8, 12, *Dig. eod.*, XXVII, 6); azione che si prescrive entro un anno, e che non può essere sperimentata contro gli eredi del colpevole (fr. 1, § 2; fr. 9, § 1, *Dig. h. t.*, XXVII, 6).

b) **Tutela delle donne.**

§ 243. Le Istituzioni imperiali non trattano della tutela delle donne; essa ci era ignota nelle sue particolarità fino al ritrovamento delle Istituzioni di Gajo, dalle quali ricaviamo la dottrina, che su questo argomento andiamo ad esporre.

§ 244. Gli antichi Romani vollero che le donne fossero sottoposte a perpetua tutela, anzichè per soccorrere alla fragilità del sesso, per non alterare l'organismo della famiglia romana. Diciamo per non alterare l'organismo della famiglia romana, più presto che per soccorrere alla fragilità del sesso, conciossiachè questa tutela ci sembri istituita con l'intendimento, che i beni della donna non uscissero dalla cerchia dell'agnazione. E di vero:

a) la vergine vestale non era sottoposta a tutela, perchè appunto gli agnati non avevano diritto di successione ereditaria verso di lei;

b) gli agnati stessi erano chiamati ad esercitare la funzione di tutori delle donne (Gajo, I, 145, 192; Ulp., XI, 1, 3, 5), e senza il loro permesso la donna non poteva far testamento;

c) finalmente i tutori delle donne non avevano una vera e propria amministrazione, ma soltanto la facoltà di impedire qualunque negozio giuridico importante, col quale la donna avesse potuto alienare il suo patrimonio, od obbligarsi (Ulp., XI, 27). Non vuolsi dissimulare che Ulpiano ci dice: la tutela del sesso essere

stabilita: *propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam* (ULP., XI, 1), ma Gajo che in un luogo pare anch'esso propenso a contentarsi della stessa ragione (*propter animi levitatem in tutela esse,* I, 144), in altro luogo osserva, che di questa tutela, *nulla pretiosa ratio suasisse videtur* (I, 190), e poco più sotto ne dà una spiegazione molto simile alla nostra (I, 192). Laonde concluderemo, che ai tempi di Gajo e di Ulpiano, si tentava spiegare quella tutela, allora divenuta un anacronismo, con la volgare ragione della debolezza (*levitas*, *fragilitas*) del sesso e della sua incapacità agli affari (*forensium rerum ignorantia*), perchè più non voleva addursi la vera ragione che diede origine alla istituzione in discorso, cioè una veduta agnatizia.

§ 245. La tutela delle donne, come quella degli impuberi, non poteva esistere che in *capite libero*, cioè su di una persona *sui juris*, ossia esente da *potestas, manus* e *mancipium;* e questa tutela, alla pari di quella, era di tre specie: testamentaria, legittima e dativa.

A) TUTELA TESTAMENTARIA.

§ 246. Potevano nominare un tutore testamentario:

1° Il *paterfamilias* alle proprie figlie e nipoti (GAJO, I, 144, 154), sottoposte alla sua *potestas.*

2.° Il marito alla moglie, che era nella sua *manus* (GAJO, I, 148).

3° Il suocero alla moglie del figlio, ossia alla nuora *in manu* del figlio, perchè questa era quasi una nipote (GAJO, I, 148). Ma in tutti questi casi, perchè un tutore potesse essere nominato, era giuoco forza che la donna per la morte del testatore, divenisse *sui juris.* È singolarissima cosa che il marito per testamento poteva lasciare alla moglie la libertà di eleggersi quel tutore che più le fosse aggradito (GAJO, I, 150), *quem velit, ipsa tutorem sibi optare*: e poteva lasciarle questa ozione (*optio tutoris*) più o meno piena (*optio plena aut angusta*), vale a dire, o poteva prescrivere quante volte sarebbe stato lecito alla moglie mutar tutore, o poteva lasciarle l'assoluta libertà di mutar tutore per ogni atto che essa avesse voluto fare, e cui abbisognasse l'*auctoritas tutoria.* Questi tutori scelti dalla donna dicevansi

optivi, in contrapposto ai *dativi*, cioè a quelli designati dal testatore (Gajo, 154).

B) Tutela legittima.

§ 247. Alla pari dei tutori per gli impuberi, quelli per la donna, erano detti *legittimi* quando derivavano l'ufficio loro, o direttamente o per interpretazione, dal disposto della legge Decemvirale; altrimenti chiamavansi *fiduciarii*. Tutori *legittimi* erano gli agnati per le donne *ingenue*, ed i patroni ed i figli loro per le donne *liberte* (Gajo, I, 157). Chi emancipava la donna vendutagli con la clausula della *fiducia,* perchè fosse liberata dalla *patria potestas*, o dalla *manus*, ne diveniva patrono, e come patrono, tutore, e si diceva *tutor fiduciarius*; chiamavasi tutore *legittimo e fiduciario insieme,* se questo emancipante era il *paterfamilias* della donna, appunto come abbiamo veduto in materia di tutela legittima degli impuberi (vedi sopra, § 210, nº 3). La tutela legittima spettava agli agnati ancorchè assenti, impuberi, dementi, incapaci insomma di agire; essi non potevano interporre la loro *auctoritas,* ma la qualità di tutori *legittimi* l'avevano e non poteva essere loro tolta; la donna era allora costretta a farsi dare dal magistrato un tutore, *capace* di interporre l'*auctoritas,* ogniqualvolta voleva concludere un negozio giuridico che avesse richiesto quell'*auctoritas* (Gajo, I, 178, 179, 180; Ulp., XI, 21, 22). La tutela delle donne durando indefinitamente, e perfino quanto la loro vita (se non cadevano nella *potestas*, nella *manus*, o nel *mancipium* di alcuno), era permesso ai tutori legittimi di *cedere* la tutela *in jure* ad altri, per liberarsi così da un peso soverchio (Gajo, I, 168; Ulp., XIX, 11). Questa *cessio in jure* si faceva dinanzi al magistrato, e chiamavasi *cessicius tutor* il nuovo tutore; ma egli era un sostituto, un supplente dell'altro; ed infatti se tale tutore *cessicius* veniva a morire, o subiva una *capitis diminutio,* o rinunziava all'uffizio, il cedente ritornava di diritto tutore; e se il cedente fosse venuto a morire, od avesse subito una *capitis diminutio,* il *cessicius* decadeva dalla tutela delegatagli, piuttosto che cedutagli da quel primo (Gajo, I, 170, 172; Ulp., XI, 7). Il padre, tutore *legittimo e fiduciario,* insieme poteva cedere la tutela, dacchè, oltre che tutore fiduciario, fosse ancora tutore legittimo; ma cederla non po-

tevano i tutori *fiduciarii* soltanto (GAJO, I, 172). La donna *latina juniana* soggiaceva alla tutela di colui, nel dominio quiritario del quale essa era nel momento in cui era stata manomessa (ULP., XI, 19).

C) TUTELA DATIVA.

§ 248. Mancando alla donna un tutore testamentario, o un tutore legittimo e fiduciario, ne riceveva uno dal magistrato in virtù delle leggi *Atilia*, e *Julia et Titia* (ULP., XI, 18; GAJO, I, 195). Alla donna si nominava dal magistrato questo tutore, nei casi stessi nei quali si nominava agli impuberi. Assente il tutore legittimo, non le si nominava un tutore, sibbene un curatore. Ciò per regola: per eccezione le si nominava un tutore speciale, se essa voleva costituirsi una dote, adire un'eredità, o stare in giudizio contro il suo tutore (GAJO, I, 176, 184).

EFFETTI DELLA TUTELA DELLE DONNE.

§ 249. La donna impubere era, quanto alla tutela, nella condizione dei maschi. Divenuta pubere, aveva l'amministrazione del suo patrimonio, poteva alienare le *res nec mancipi*, fare un imprestito fruttifero, riscuotere un credito (GAJO, II, 81, 85; III, 171), ma qualunque età essa avesse, non poteva, senza l'*auctoritas* del tutore, fare gli atti seguenti:

1° Alienare le *res mancipi,* cioè i fondi di suolo italico, fossero essi rustici o urbani, gli schiavi e gli animali da soma, (GAJO, I, 192; II, 80; ULP., XI, 27, *Vat. fragm.*, § 259).

2° Fare testamento (GAJO, I, 192; II, 112, 113, 115, 118; III, 43; ULP., XX, 15; XXIX, 3).

3° Manomettere dei servi, o autorizzare una liberta a vivere con lo schiavo altrui, in guisa da renderla passibile dell'applicazione del senatusconsulto Claudiano (ULP., I, 17; XI, 27).

4° Stare in giudizio, quando si fosse trattato di fare una *legis actio* (GAJO, I, 184; ULP., XI, 24, 27).

5° Costituirsi una dote (GAJO, I, 178, 180; ULP., XI, 20, 21).

6° Darsi in *manu,* con la *coemtio* (GAJO, I, 115, 195).

7° Fare una in *jure cessio*, od una *acceptilatio* (*Vat. fragm.*, 45; Gajo, II, 85; III, 171).

8° Obbligarsi civilmente (Gajo, I, 192; III, 108, 176; Ulp., XI, 27).

9° Adire un' eredità (Gajo, I, 176; Ulp., XI, 22). Il tutore della donna, non avendo una vera e propria *gestio*, non era passibile dell'*actio suspecti tutoris*, nè di quelle della tutela (Gajo, I, 190, 191), e per conseguenza non era obbligato a render conto.

§ 250. La tutela della donna finiva: con la morte naturale della donna stessa, con la *maxima*, e con la *media capitis diminutio* di lei, e perfino con la *minima*; la quale si verificava quando perdeva la qualità di *sui juris*, facendosi arrogare, o dandosi nella *manus* del marito.

§ 251. Queste sono le regole che governavano la tutela del sesso nel più antico diritto; ma a poco a poco subirono notevoli modificazioni. Già sul terminare della repubblica, i tutori tutti, eccettuato i legittimi, avevano perduto di fatto il loro potere; le donne trattavano da sè i propri affari, i tutori interponevano la loro autorità per pura forma, *dicis gratia,* tantochè le donne potevano obbligarli ad interporla (Gajo, I, 190), citandoli a comparire dinanzi al magistrato, e facendoli condannare ad autorizzarle: onde il sommo oratore del Lazio ebbe a dire: *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi* (*jureconsulti*) *invenerunt genera tutorum, quæ potestate mulierum continerentur* (Cic., *Pro Murena,* XII). I tutori legittimi (vale a dire l'ascendente emancipatore, ed il patrono) furono i soli che conservassero una tutela reale, come un diritto che era per loro importante: essi non potevano essere astretti ad interporre la loro *auctoritas*, onde avesse efficacia il testamento della donna; ma *ex magna causa* potevano essere costretti a interporre quell'*auctoritas* per l'alienazione delle *res mancipi* (Gajo, I, 192), appartenenti alla donna medesima. Le donne desideravano liberarsi ancora da questi vincoli. Per conseguire tale intento, si facevano vendere, mediante la *coemtio,* dal tutore ad un estraneo (*coemtionator*): questi le emancipava, ed allora esse non erano più che sotto l'autorità di un tutore *fiduciario*, autorità vana ed illusoria (Gajo, I, 114, 115, 195). Nell'epoca imperiale, le leggi stesse

favorivano la liberazione della donna dalla tutela. *La lex Papia Poppea*, con la quale Augusto intese ad aumentare la popolazione ricompensando la fecondità, stabilì che le donne ingenue quando avessero avuto 3 figli, fossero prosciolte dalla tutela anche legittima, e che le donne liberte fossero prosciolte dalle altre tutele, ad eccezione della legittima, quando avessero avuto 4 figli (Gajo, I, 145, 194; III, 44; Ulp., XXIX, 3). La legge Claudia soppresse la tutela degli agnati sulle donne: *agnatorum tutelam sustulit* (Ulp., XI, 8; Gajo, I, 157, 171), e lasciò sussistere soltanto la tutela dei padroni e quella degli ascendenti emancipanti (Ulp., XI, 8). Così limitata la tutela del sesso esisteva tuttora ai tempi di Gajo e di Ulpiano; delle traccie di questa istituzione occorrono eziandio sotto il regno di Diocleziano e Costanzo. (*Vat. frag.*, 325, 327). Nel Codice Teodosiano non se ne trova più notizia, molto meno nel Codice Giustinianeo, e senza una espressa abolizione, della quale non abbiamo orma, doveva già essere cessata ai tempi di Costantino, perchè lungi dal ricordarla, quest' imperatore si occupa al contrario della *venia ætatis* conceduta alle donne; dal che si rileva che erano, come gli uomini, sottoposte a curatore (*cost.* 2, § 1, *Cod. de his qui veniam ætatis impetraverunt*, II, 45).

CAPITOLO II.

DELLA CURA.

(*Instit.*, lib. I, tit. 23, *de curatoribus; Dig.* lib., XXVII, tit. 10, *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod.*, lib. V, tit. 70, *de curatore furiosi vel prodigi.*)

§ 252. La cura è: *la potestà di amministrare i beni di coloro, che da se medesimi non possono sopravvedere ai propri affari.* Quelli che amministrano, diconsi *curatori: sottoposti* chiamansi coloro che soggiacciono alla cura. La persona che esercita l' ufficio di *curatore* deve essere naturalmente e civilmente capace di amministrare. *Incapaci* di fare da curatori sono quelli stessi che sono incapaci di fare da tutori (vedi sopra, § 214 e 215, ed il titolo del Codice: *qui dare tutores vel curatores pos-*

sunt, et cui dari non possunt, V, 34). La cura come la tutela, è un *munus publicum*, cui è necessità sobbarcarsi, quando non si possano allegare delle scuse (*excusationes*) dalle leggi ammesse: queste sono quelle stesse che valgono ad esimere dalla tutela (*Instit. de excusat. tutorum vel curatorum,* I, 25; *Cod. de excusat. tutorum et curatorum et de temporibus earum,* V, 62). Se non che è da avvertire:

1° che la madre e l'ava, le quali sono preferite nella tutela, non lo sono nella cura;

2° che il marito e lo sposo non possono essere curatori della moglie e della sposa, alienate di mente o minori (fr. 14, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10; *cost. 2, Cod. qui dare tut.*, V, 34; *cost.* 4 e *cost.* 17, *de excus. tut.*, *Cod.*, V, 52; fr. 1, § 5, *Dig. de exusat.,* XXVII, 1), divieto fondato sul timore che essi abusino della loro posizione per esimersi dal rendimento di conti;

3° che il tutore alla fine della tutela non può essere obbligato ad accettare la cura della persona che ebbe in tutela (*Instit.*, § 18, *de excusat.*, I, 25; Paolo, II, 27, 2; *cost.* 5, e 20, *Cod. h. t.*, V, 62), la legge non volendo troppo sopraccaricare il cittadino, già sobbarcatosi ad un onere assai grave.

§ 253. Gli *obblighi* del curatore, quanto alla *persona fisica* del sottoposto, non sono di natura identica a quelli del tutore, poichè il curatore generalmente, e di regola, si dà alle *cose*. È una eccezione se il curatore del furioso, o di chi è affetto da grave malattia, sorveglia ed ha premura della persona di cotal sottoposto (fr. 7 *pr.*, *Dig. de cur. fur.*, XXVII, 10). Gli obblighi del curatore, quanto alla *personalità giuridica del sottoposto,* bene si distinguono da quelli del tutore, per riguardo alla *personalità giuridica del pupillo.* Il curatore non integra, non completa mai la persona del sottoposto: le persone che sono sottoposte non ne abbisognano. Il curatore ordinariamente si limita a prestare il suo *consenso*, se il sottoposto è un minore di 25 anni; talora agisce ancora come suo procuratore (*gestor*) [1]; e se il sottoposto è un prodigo od un furioso, ha sempre quella qualità di rap-

[1] È però vero che computando i diversi Testi delle Pandette e del Codice relativi a queste funzioni del curatore, se ne trovano 13 nei quali apparisce che il minore agisce solo o col consenso del curatore, e 34 in cui il curatore sembra agire solo.

presentante, ed agisce in proprio nome nell' interesse del sottoposto; ma, ripetiamolo, non vi è mai caso in cui interponga l'*auctoritas* come il tutore. Anzi è questa la principal differenza fra tutore e curatore; ed è in questo senso che si dice con verità, il curatore non darsi alla *persona*, ma alle *cose*. Il *consenso* poi che, ove occorre, si presta dal curatore, è un atto che non abbisogna delle formalità proprie all' interposizione della *auctoritas*. Può essere dato anche *ex post*, per lettera, e per nunzio; perchè il curatore non integrando la personalità del sottoposto, non è necessario che assista all' operazione; basta che l' approvi. Quindi il contrapposto in cui vediamo nelle nostre fonti collocate le due parole *consensus et auctoritas* (come nella rubrica del titolo 7, lib. XXVI delle Pandette, *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*, e specialmente nel fr. 19, *Dig. ibid*, e nella *cost.* 2, *Cod. qui legitimam personam standi in jud.*, III, 6).

§ 254. Riguardo all' amministrazione dei beni, il curatore ha obblighi analoghi a quelli del tutore. Laonde al curatore sono pure applicabili le regole esposte circa agli obblighi del tutore, di fare un inventario, di prestar giuramento, di somministrare satisdazione, di presentare un rendimento di conti; ed il curatore, alla pari del tutore, talora si nomina dietro inquisizione, talora senza; e per le stesse cagioni del tutore può essere remosso come sospetto. (Vedi i titoli delle Istituzioni *de satisdatione tutorum vel curatorum*, I, 24; *de suspectis tutoribus vel curatoribus*, I, 26, i titoli delle Pandette: *de confirmando tutore vel curatore*, XXVI, 3; *de tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent*, XXVI, 5; *qui petant tutores vel curatores et ubi petantur*, XXVI, 6; *de administratione et periculo tutorum et curatorum*, XXVI, 7; *de suspectis tutoribus et curatoribus*, XXVI, 10, ed i titoli del Codice corrispondenti, libro V, tit. 31 e seguenti).

§ 255. La cura non è, come la tutela, testamentaria, legittima e dativa; la cura è *legittima e dativa:* la cura *testamentaria* fu sempre ignota al diritto Romano. Il padre di un demente può nel suo testamento nominargli un curatore, e chi fa un legato ad un figlio di famiglia minore, può parimente nominargli nel testamento un curatore (*cost.* 7, § 5, *Cod. de cur, fur.*, V, 70; *cost.* 27, *Cod. de episc. aud.*, I, 4; *Nov.* 117, cap. 1), ma è necessario un decreto del magistrato, che confermi siffatti curatori:

laonde sono *dativi*, non *testamentari*. Il magistrato doveva per altro, aver riguardo alle persone designate come curatori dai genitori o da un estraneo, od in mancanza di queste designazioni, ai più prossimi congiunti del sottoposto (vedi *Instit.*, § 1 a 3, *de curatoribus*, I, 23; fr. 8, § 3, *Dig. de tut. et curat.*, XXVI, 5).

§ 256. Quattro specie *principali* di cura si conoscono in diritto Romano, e sono: 1° la cura dei maggiori di 25 anni; 2° la cura dei pupilli; 3° la cura dei minori di 25 anni; 4° la cura delle persone travagliate da malattia. Di altre specie secondarie di cura parleremo dopo avere trattato di queste prime quattro.[1]

[1] La cura, l'abbiamo detto altrove, pel Codice Civile italiano è una istituzione intesa *generalmente* a supplire all'incapacità di certe persone a concludere gli atti che *superano la semplice amministrazione* (art. 314, 315, 319), o *specialmente* ad assistere gli interessi di persone o sottoposte alla patria potestà o tutela, o non ancora nate, o il cui stato è in questione, o che non si sono ancora fatte conoscere come eredi (art. 47, 224, 246, 233, 238, 226, 247, 236, 168, 964, 980) la cura dunque, considerata per riguardo al suo scopo, è *generale* o *speciale*; considerata poi sotto il punto di vista della *delazione* è, alla pari della tutela, *testamentaria* (art. 247), *legale* (art. 314 e 315) e *dativa* (art. 47, 224, 246, 233, 238, 226, 236, 168, 980).

La cura *generale* è duplice:

a) cura del minore emancipato (art. 314 e 315).

b) cura dell'inabilitato (art. 339).

In ambedue tali cure, il curatore è inteso a supplire all'incapacità in cui si trova il sottoposto o per difetto di età, o per difetto di mente, (ma tale da non richiedere la sua interdizione), o per difetto di vista, parola ed udito, o per prodigalità, di compire atti che eccedano la semplice amministrazione.

Per un riguardo all'autorità maritale, il Codice pone la donna maritata, comunque maggiore di età, in una posizione analoga a quella del minore emancipato, e più analoga ancora a quella dell'inabilitato; imperocchè anch'essa, come costoro, non sia pienamente capace di ogni atto giuridico; tanto è vero che non può donare, alienare *beni immobili*, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere, riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, *senza l'autorizzazione del marito* (art. 134). Ma se si considera che il marito può con un atto pubblico abilitare la moglie a questi atti (art. 134, capoverso), se si riflette che molti sono i casi nei quali per legge la donna maritata maggiore non subisce siffatta limitazione alla sua capacità giuridica (art. 135), e finalmente se si pensa che la donna è sì sottoposta alla cura vera e propria del marito, ma quando essa è minore, bisognerà convenire che la donna maritata maggiore di età, non è sottoposta alla cura del marito, comunque sia vero che la sua capacità giuridica durante il matrimonio è ordinariamente limitata ad atti semplicemente amministrativi.

La cura del minore emancipato è *dativa*, se egli fu emancipato dal consiglio di famiglia: perocchè sia il consiglio stesso che emancipandolo gli nomina un curatore (art. 314); è invece *legale* se l'emancipazione fu fatta dal padre o dalla madre: dacchè curatore sia allora il genitore emancipante (art. 315).

Il figlio minore emancipato per matrimonio, ha per curatore *legale* il padre, ed in mancanza la madre, e mancando ambedue i genitori, ha un curatore *dativo* a nomina del consiglio di famiglia (art. 315, capoverso 1°).

La donna maritata minore, emancipata come è pel matrimonio, ha per curatore *legale* il marito, ed il curatore del marito, se questi sia minore od

I. Cura dei maggiori di 25 anni.

§ 257. La legge delle XII tavole stabilì, che il furioso ed il prodigo fossero sottoposti alla cura dei loro agnati: *in curatione,*

inabilitato; e infine il tutore del marito, se questi sia interdetto. Se vedova o separata di beni o di corpo, ha per curatore legale il padre, ed in mancanza la madre; e mancando ambedue i genitori, le viene nominato un curatore *dativo* dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 315, capoverso 2° e 3°).

Là dove parlammo dell'emancipazione e dei suoi effetti, dicemmo quale è la condizione giuridica dell'emancipato; ricordiamo qui *che può da se solo* fare tutti gli atti che *non eccedano la semplice amministrazione* (art. 317): che può col *consenso del curatore* stare in giudizio sì come attore sì come reo convenuto, e riscuotere capitali sotto condizione d'idoneo impiego (art. 318); ma che per tutti gli altri atti *eccedenti la semplice amministrazione*, oltrechè del consenso del curatore, abbisogna ancora *dell' autorizzazione del consiglio di famiglia*; le deliberazioni del quale debbono, per giunta, essere *omologate* dal tribunale quando autorizzino atti di alienazione, di pegno o d'ipoteca dei beni del minore (art. 319).

In una posizione giuridica, sebbene alquanto più libera, pure assai simile a questa del minore emancipato, si trova l'*inabilitato:* cioè l'infermo di mente il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, il prodigo il sordo muto ed il cieco dalla nascita, quando questi due ultimi (che sono *inabilitati di diritto* appena giunti alla maggiore età) non sieno stati dal tribunale dichiarati abili a provvedere da sè alle cose proprie (art. 339, 340).

Gli inabilitati, sieno tali per *sentenza* (come il debole di mente, ed il prodigo) o *di diritto* (come il cieco ed il sordomuto) non possono *da sè soli* stare in giudizio, fare transazioni, prendere a prestito ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i beni, accettare eredità (art. 931) o fare altro atto che ecceda la semplice amministrazione. Per gli atti di questo ultimo genere hanno bisogno dell'*assistenza di un curatore*, da nominarsi dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 339). Hanno bisogno del consenso del curatore per la validità delle stipulazioni e donazioni fatte nel contratto di matrimonio (art. 1387).

Sennonchè all' inabilitato, basta l'*assistenza di un curatore;* la legge non esige, come pel minore emancipato, inoltre ora l'*autorizzazione del consiglio di famiglia*, ed ora eziandio l'*omologazione* del tribunale alle deliberazioni del consiglio di famiglia.

Mentre la cura del minore emancipato è, come abbiamo veduto, ora *legale,* ora *dativa*, la cura dell' inabilitato è sempre *dativa.*

L'inabilitazione, alla pari dell' interdizione, può essere *promossa* da qualunque congiunto, dal coniuge, o dal pubblico Ministero (art. 339, capoverso), e può, come l'interdizione, essere *revocata,* quando sia cessata la causa per cui fu pronunziata (art. 342). L'inabilitazione può, l'abbiamo detto, *derivare da sentenza*, e può essere di *diritto;* l'interdizione non può derivare che da *sentenza*.

La nullità degli atti posti in essere dall'inabilitato senza l' assistenza del curatore, non può essere proposta (dice l'art. 341) che *dall' inabilitato, e dai suoi eredi ed aventi causa:* dunque il *curatore non potrebbe proporla*. Ciò merita osservazione, perocchè possano proporre la nullità degli atti fatti dall' interdetto, l' interdetto stesso, i suoi eredi ed aventi causa, ed ancora il suo tutore (art. 335): l'inabilitato è dunque in questo parificato al minore *emancipato,* la nullità degli atti del quale può essere opposta dal minore emancipato, e dai suoi eredi ed aventi causa, ma non già dal suo curatore. Infatti l'articolo 322 ammette che il *tutore* possa opporre la nullità degli atti del minore, ma non fa menzione del curatore dell'emancipato.

Oltre queste due specie di cura *generale*, il Codice ammette in molti casi

in cura agnatorum (Ulp., XII, 3), e pare, che in difetto di agnati, fossero chiamati i gentili ad esercitare l'ufficio di curatore. Ma nella legge decemvirale la voce *furiosus* indicava l'infelice, la cui alienazione mentale era giunta al massimo grado, e non compren-

delle cure *speciali*, le quali, meno una (che per singolare disposizione del codice è *testamentaria*, art. 247) sono tutte *dative*, ed i curatori sono *dati* a nomina del *consiglio di famiglia* (art. 47, 238, 316), o dal *pretore* (art. 981) o dal *tribunale* (art. 168, 224, 226, 233, 236) o in genere dall'*autorità giudiciaria* (art. 964). Abbiamo detto che queste cure *speciali* sono intese:

1° ad assistere gli interessi di persone sottoposte alla patria potestà, o alla tutela; tali sono le seguenti:

a) la cura dei figli dell'assente, che morta la madre o impossibilitata ad esercitare la patria potestà, viene conferita dal consiglio di famiglia agli ascendenti prossimi (art. 47);

b) la cura che viene data dal tribunale, quando nasce conflitto di interessi fra i figli soggetti alla stessa patria potestà, o fra essi ed il padre (art. 224, capoverso 2°); colla quale molta analogia ha quella che viene data quando nasce conflitto di interessi tra minori soggetti alla stessa tutela (art. 246). Se il conflitto fosse col tutore provvederebbe il pro tutore (art. 266);

c) la cura dei beni appartenenti a'figli, i cui genitori abusino della patria potestà, trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze dei figli stessi; cura a nomina del tribunale (art. 233);

d) la cura dei beni appartenenti a figli rimasti senza padre, e la madre dei quali decadde di diritto dall'amministrazione dei beni stessi, per aver contratto un nuovo matrimonio senza preventiva convocazione del consiglio di famiglia, cura a nomina del consiglio di famiglia (art. 238);

e) la cura per assistere il figlio nell'accettazione di una eredità, che il padre non voglia o non possa accettare pel figlio stesso; cura a nomina del tribunale (art. 226);

f) la cura delle sostanze trasmesse al minore per testamento, col quale appunto il testatore gli nomina un curatore a quei beni che gli trasmette; cura *testamentaria* la quale ha luogo sebbene il minore sia sotto la patria potestà (art. 247).

2° La cura, l'abbiamo detto, può essere intesa allo scopo speciale di provvedere agli interessi del nascituro. Ed in vero « se alla morte del marito la » moglie, si trova incinta, il tribunale, sull'istanza di persona interessata, può » nominare un curatore al ventre » (art. 236).

Dalle espressioni indeterminate dell'articolo 236 può nascere dubbio se questa cura sia la *cura ventris et bonorum* del diritto Romano, intesa a provvedere ai bisogni personali della donna, ed all'amministrazione dei beni che un giorno apparterranno all'infante già concepito, o se sia una cura intesa soltanto ad escludere la simulazione della gravidanza e la supposizione del parto; noi crediamo che le espressioni generiche del citato articolo si prestino alla nomina di un curatore tanto con l'uno quanto con l'altro di questi due intendimenti, a seconda del bisogno; del quale giudicherà il tribunale.

3° L'azione diretta ad impugnare la paternità, e la conseguente legittimità del figlio, deve proporsi se il figlio è minore o interdetto, in contraddittorio di un curatore deputato dal tribunale, davanti al quale il giudizio è promosso. Nel giudizio è pure chiamata la madre (art. 168). È questa la cura *ex Edicto Carboniano*, del diritto Romano.

4° Quando l'erede non sia noto, o gli eredi testamentari o legittimi abbiano rinunziato, l'eredità si reputa giacente, e si provvede all'amministrazione o conservazione dei beni ereditari per mezzo di un curatore nominato dal giudice (art. 980-983) come facevasi a Roma. – Durante i termini concessi a deliberare ed a compiere l'inventario, può nominarsi un curatore all'eredità (art. 964).

Vuolsi avvertire che pel Codice Civile italiano il furioso non va sottoposto, come nel diritto Romano, a cura, bensì a tutela; e che il prodigo non è

deva l'imbecille e l'idiota; e la voce *prodigus* non indicava qualunque dissipatore, sibbene quello che dissipava i beni di un ascendente, cui era succeduto *ab intestato* (Paolo, III, 4, 7). Laonde gli idioti, ed i dissipatori dei beni ricevuti dagli ascendenti per testamento, o da degli estranei, non erano sottoposti a cura. Ulpiano ci dice che i pretori colmarono questa lacuna nominando essi dei curatori (Ulp., XII, 3), quando mancavano gli agnati, e quando si fosse trattato di un uomo non alienato di mente in massimo grado, o di un dissipatore, ma non nel senso limitato che la legge dava a quella parola. Quindi surse la distinzione fra curatori *legitimi,* cioè chiamati dalla legge, e curatori *honorarii,* cioè dati dal pretore, o *dativi* (Ulp., XII, 1). I magistrati nominando un curatore al furioso ed al prodigo ancora nella mancanza di agnati, o nell'incapacità del più prossimo fra questi ad amministrare, per cotali motivi, non era infrequente il caso che esistesse un curatore nominato dal prefetto della città, o dal pretore in Roma, e nelle provincie dal preside dietro una inquisizione sulla idoneità del medesimo (*Instit.,* § 3, *h. t.*, I, 23; fr. 1, 12, *Dig. de tul. et curat.,* XXVI, 5). Il figlio stesso poteva essere nominato curatore al padre od alla madre, se furiosi (fr. 1, § 1, e fr. 4, *Dig. de curat. fur.,* XXVII, 10). In gius Nuovo i magistrati nominano i curatori ai furiosi ed ai prodighi, ma non possono senza ragione trascurare la persona designata nel testamento paterno qual curatore, o in difetto di questo, i più prossimi congiunti del sottoponendo (fr. 1, 2, 4, 15 e 16, *Dig. de curat.*

equiparato al furioso nella giuridica incapacità, non è cioè *interdetto,* bensì soltanto *inabilitato.*

Il Codice ammettendo la *tutela* quando vi è bisogno di *rappresentanza* in tutti *gli atti civili* e di assistenza alla *persona*; ed invece ammettendo la *cura* quando si tratta di assistere certe persone negli atti soltanto che *eccedono la semplice amministrazione*, e distinguendo per cotal guisa recisamente queste due istituzioni fra loro, logicamente doveva sottoporre il furioso a tutela: perchè abbisogna di chi lo rappresenti in tutti gli atti civili, e ne assista la persona; d'altronde anche in diritto Romano il curatore del furioso esercitava le funzioni stesse proprie del tutore *durante l' infanzia del pupillo;* così l'uno come l'altro dovevano *negotia gerere:* e più che in altro differivano nel nome.

Lodevole poi è il Codice nell'avere collocato il furioso ed il prodigo in posizioni giuridiche differenti; la loro equiparazione sebbene nelle fonti del diritto Romano sia talora asserita, non esisteva in realtà neppure a Roma, come dimostriamo nel testo alle presenti note.

Plausibile è l'ammissione del prodigo a testare, la quale implicitamente resulta dal disposto del Codice nostro; se per diritto Giustinianeo ne veniva escluso, ciò derivava da una stanca reminiscenza istorica dell'antica forma di testare *per æs et libram.*

furios., XXVII, 10; *cost.* 7, § 5, 6, *Cod. de curat. furios.*, V, 70; *cost.* 27, *Cod. de episc. aud.*, I, 4).

§ 258. Il furioso, mancando di volontà razionale, è incapace assolutamente di trattare i propri affari; perciò il curatore li tratta per lui, come un suo procuratore. Il curatore del furioso nella sua gestione, è sottoposto alle stesse regole del tutore, tanto per quello che concerne la sua responsabilità, quanto per ciò che riguarda le proibizioni di alienare, ed i privilegi che competono alle persone sottoposte alla sua cura. Il curatore del furioso deve intendere, non soltanto all'amministrazione dei beni del sottoposto, ma ben anco a curarne la persona fisica, ed a procurarne la guarigione (fr. 7 *pr.*, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10). Se il furioso ha dei lucidi intervalli, le funzioni del tutore durante i medesimi si sospendono; cessano quelle funzioni, quando il furioso riacquista l'uso delle facoltà intellettuali (fr. 1 *pr.*, *Dig. de curat. furios.*, XXVII, 10; *cost.* 6, *Cod. eod.*, V, 70).

§ 259. I *prodighi* sono liberi della propria persona, ma non possono disporre dei propri beni senza il consenso del curatore. Ed in gius Nuovo sono prodighi: *quelli cui il magistrato in seguito di inquisizione, ha interdetto l'amministrazione dei propri beni* (*cui bonis interdictum est*). In alcuni frammenti delle Pandette, ed in altre Fonti del nostro diritto, troviamo equiparato il prodigo al furioso (fr. 40, *Dig. de reg. juris.*, L, 17; fr. 6, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 17, 18, 20, § 4, *qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1); ma in altri luoghi si trova dichiarato che il prodigo può fare quelli atti, coi quali viene a migliorare la sua condizione, ed è riconosciuto capace perfino di adire una eredità (fr. 6, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 3, *Dig. de novat.*, XLVI, 2; fr. 5, § 1, *de acquir. hered.*, XXIX, 2); dunque la sua non è una incapacità assoluta, ed è inesatto il parificarlo al furioso. Nel diritto Antico non poteva far testamento (Paolo, III, 4, 12), secondo Ulpiano, perchè la *mancipatio* gli era proibita: ed il testamento (come vedremo) un tempo si faceva con la medesima (Ulp., XX, 13). Nel diritto Giustinianeo gli è proibito di testare, perchè è parificato ad un furioso (*Instit.*, § 2, *quib. non est permis. testam. fac.*, II, 12; fr. 18, *Dig. qui testam. fac. poss.*, XXVIII, 1), ragione, come abbiamo detto, non assolutamente vera, e non molto persuadente. Nel diritto Novissimo, o per dire meglio, nel diritto posteriore a Giustiniano, una Novella di Leone (la 39ª) dichiara che se in ciò che

il prodigo fa, *prodigi mores non conspiciantur, quod actum est, ratum esto,* come se (prosegue la citata Novella) volesse: *hereditatem necessariis suis relinquere, gravem servitutis torquem servorum cervicibus adimere etc.* E vuolsi confessare queste disposizioni essere più giuste delle Giustinianee. La cura del prodigo cessa quando il magistrato lo scioglie dalla sua interdizione, e gli restituisce la libera amministrazione dei suoi beni, perchè lo riconosce emendato; ma quali sieno questi segni di emenda, non troviamo indicato nelle nostre Fonti.

II. Cura dei pupilli e dei figli di famiglia.

§ 260. Per regola generale i pupilli avendo tutore, non hanno curatore (fr. 11, *Dig. de tut. et cur. dat.*, XXVI, 5). In gius Antico il pupillo non poteva mai avere curatore, perocchè se avesse avuto bisogno di altra persona, diversa dal tutore *gerente*, vi era l'*onorario*, che suppliva; e questo pure venuto a mancare, un tutore *pretorio*, ossia nominato dal pretore, ne avrebbe fatto le veci (Gajo, I, 184; Ulp., XI, 24), ma la donna sotto tutela, poteva aver un curatore (*Vat. fragm.*, 110, vedi sopra, § 248). In gius Nuovo si ammette in alcuni casi, che il pupillo possa avere un curatore (*Instit.*, § 5, *de curatoribus*, I, 23). E questi casi eccezionali sono i seguenti:

1° Se il pupillo vuol contrarre o stare in giudizio contro il tutore (*Instit.*, § 3, *de auct. tut.*, I, 21; fr. 3, § 2 e seg., fr. 4, *Dig. de tutel.*, XXVI, 1, *cost.* 1, *Cod. de in lit. dand. tut. vel curat.*, V, 44).

2° Se alcuni beni del pupillo sono molto remoti dal domicilio del tutore, ma non sono tanto importanti da nominare per essi un altro tutore (fr. 21, § 2, *Dig. de excus.*, XXVII, 1; *cost.* 3, 5, *Cod. in quib. caus.*, V, 36).

3° Se al tutore sopraggiunge un impedimento temporario, come un affare importante, od egli deve assentarsi momentaneamente in servizio della repubblica (*Instit.*, § 6, *de curat.*, I, 23; fr. 15 e 16, *Dig. de tut. et curat.*, XXVI, 5).

4° Se il tutore legittimo è poco abile all'amministrazione, ma pure non si vuole remuoverlo per non infamarlo; si nomina allora un curatore (*Instit.*, § 5 *prin.*, *de curat.*, I, 23): come pure

se un tutore testamentario o dativo non amministra in modo plausibile, sebbene non possa essere convinto di frode (*Instit.*, *l. cit.*, § 5, I, 23).

5° Pendente il giudizio di remozione o di esenzione dalla tutela, vale a dire se il tutore è accusato come sospetto, o allega una scusa (*Instit.*, § 7, *de susp. tut. vel. curat.*, I, 26; fr. 17, § 1, *Dig. de appellat.*, XLIX, 1). In tutti questi casi, si dà un curatore, perchè tutore vi è, e: *tutorem habenti tutor dari non potest.* (fr. 27 *pr.*, *Dig. de test. tut.*, XXVI, 2; *cost.* 9, *Cod. qui petant. tut.*, V, 31). Ma un curatore non potendo interporre l'*auctoritas*, ogni qualvolta questa *auctoritas* fosse necessaria, sarebbe giuoco forza nominare un tutore. Se pel cattivo stato della sua salute, o per altra necessità, il tutore si trova nell'impossibilità di amministrare gli affari del pupillo (il quale è assente o infante), il pretore o il preside, con un decreto, a proposizione del tutore, sceglie e costituisce un *agente* (*actor*) a rischio e pericolo del tutore (*Instit.*, § 6, *de curat.*, I, 23; fr. 24. *Dig.*, *de admin. et peric. tut.*, XXVI, 7; fr. 13, § 1, *Dig. de tutelis*, XXVI, 1). Questo *actor*, agente costituito nell'interesse del pupillo, ed a rischio del tutore, non ha dunque da confondersi con un curatore. Secondo Teofilo, se il pupillo fosse presente, e non più infante, potrebbe costituire un *procuratore* con l'*auctoritas* del tutore.[1] La cura del pupillo, cessa al cessare della ragione transitoria per la quale fu istituita.

§ 261. Chi è sottoposto alla patria potestà non ha mai bisogno di tutore: *patrem habenti, tutor non datur*. Ma qualche volta può aver bisogno di un curatore, per esempio quando:

1° Il padre fosse demente, o interdetto, o altrimenti impedito (fr. 6, § 4, *Dig. de tut.*, XXVI, 1). 2° Il figlio avesse un peculio *avventizio straordinario;* come se gli venissero lasciati dei beni con la condizione che il padre non li amministrasse, od egli avesse acquistato un'eredità contro la volontà paterna (*cost.* 8, § 1, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61; *Nov.*, 117, *cap.* 1, § 1).

[1] La distinzione fra *actor* e *procurator* attiene alla Procedura; non è questo il luogo di spiegarla.

III. Cura dei minori di 25 anni.

§ 262. La *lex Plætoria o Lætoria* (vedi sopra, § 18), e la *restitutio in integrum* accordata dal pretore al minore di 25 anni circonvenuto da un maggiore di 25 anni, mentre per un lato gli riuscivano vantaggiose, assicurandolo contro i pericoli ed i danni della sua inesperienza, avevano per l'altro l'inconveniente di fargli perdere il credito: niuno essendo propenso a concludere negozi giuridici con persona, che poteva farli rescindere. Probabilmente per ovviare a questo inconveniente fu stabilito, che il minore di 25 anni potesse chiedere al pretore un curatore, l'assistenza del quale avesse per effetto di convalidare gli atti, che il minore facesse. E Marco Aurelio, forse nello stesso intendimento, stabilì, che per l'avvenire tutti i minori a loro propria istanza, ed anche senza addurre una speciale ragione, avrebbero potuto ottenere un curatore (*De curatoribus vero, cum antea nisi ex lege Lætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*. Così: *Julius Capitolinus; Marcus Antonius Philosophus., c.* 10). Non era lecito dare ai minori un curatore a loro malgrado: *inviti non accipiunt curatorem* (*Instit.*, § 2, *de curator.*, I, 23; fr. 43, *Dig. de procurat.*, III, 3; fr. 2, § 4, 5, *Dig. qui pet. tut.*, XXVI, 6; *cost.* 1, *Cod. eod.*, V, 31). Ma generalmente lo avevano, e per le seguenti ragioni:

1º perchè in alcuni casi era interesse dei terzi il farlo nominare, e potevano pretenderlo; per esempio:

a) se il minore voleva stare in giudizio; l'altra parte per avere un contradittore legittimo, faceva nominare un curatore al minore che si fosse presentato senza, (*Instit.*, § 2, *de curat.*, I, 23; fr. 3, § 2, *Dig. de tutel.*, XXVI, 1; *cost.* 1, *Cod. qui. pet. tut.*, V, 31);

b) se il minore voleva riscuotere un credito e fare una quietanza; il debitore che pagava, per evitare il caso che dissipato il danaro dal minore, gliene fosse nuovamente richiesto il pagamento, faceva nominare al minore un curatore (fr. 7, § 2, *Dig. de minor.*, IV, 4):

c) se il minore doveva approvare il rendimento di conti presentatogli dal tutore a fine di tutela. Il tutore cui importava che

fosse approvata la sua amministrazione in maniera irretrattabile, instava affinchè fosse nominato un curatore, il quale assistesse il già suo pupillo nella revisione ed approvazione del rendimento di conti (*cost.* 7, *Cod. qui pet. tut.*, V, 31; vedi la dissertazione del Savigny su questo argomento, fra i suoi ragionamenti istorici):

2° perchè era un obbligo del tutore dell'impubere a fine della tutela, l'ammonire il minore a chiedere un curatore (fr. 5, § 5, *Dig. de admin. tut.*, XXVI, 7; *cost.* 7, *Cod. qui pet.*, V, 31); ed anche i suoi congiunti avevano interesse che egli lo chiedesse, e talora lo domandavano per lui (*cost.* 28, § 1, 2, *Cod. de adm. tut.*, V, 37):

3° perchè finalmente i minori dovevano trovare molto vantaggioso per i loro affari l'avere un curatore, il quale avrebbe riassicurato chi avesse dovuto trattare con loro. Nonostante tutto questo, fuori dei casi eccezionali surricordati (lett. *a, b, c*), nei quali si dava ai minori di 25 anni a loro malgrado un curatore, per quei singoli affari (*Instit.*, § 2, *de curat.*, I, 23), era in loro libertà l'averlo o no (vedi i fr. 13, § 3, *Dig. de procur.*, III, 3; fr. 36, § 1, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1; fr. 2, § 29, *Dig. ad S. C. Tertull.*, XXXVIII, 17); e poteva avvenire di trovarne qualcheduno senza, specialmente fra quelli che erano divenuti *sui juris* quando già avevano compiuto la pubertà, e che per conseguenza non erano stati mai sottoposti a tutela. Ma l'immenso maggior numero dei minori di 25 anni avendo curatore, non è strano che in qualche luogo delle nostre Fonti si generalizzi, e si dia la curatela quasi come una istituzione generale riguardo a tutti i minori (Gajo, *Epitome*, I, 8; Ulp., XII, 4; fr. 1, § 3; fr. 3 *pr.*, *Dig. de min.*, IV, 4.)

263. I minori *liberi*, quelli cioè che mancavano di curatore, avevano in generale piena capacità di agire, di obbligarsi e di alienare (fr. 101, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1); se non che essi pure dovevano venire autorizzati dal magistrato alle alienazioni dei beni stabili (*cost.* 2, § 1, *cost.* 3, *Cod. de his qui veniam*, II, 45; *cost.* 3, *Cod. quando decreto*, V, 72; *cost.* 3, *Cod. si major factus*, V, 74; *cost.* 6, 11, *Cod. de præd. et al. reb. min.*, V, 71), essendo stato ancora ad essi esteso il senatusconsulto di Severo, che vietò la vendita dei beni di questo genere, propri dei pupilli e dei minori sottoposti a curatore, senza l'autorizzazione del magistrato (fr. 1, § 2, *Dig. de reb. eorum*, XXVII, 9.)

§ **264.** I minori sottoposti a curatore mentre si ***potevano obbligare validamente***, non solo rapporto alla loro persona (fr. 20, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2), ma ancora per riguardo alle loro sostanze. (fr. 101, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 43, *Dig. de obligat., et act.*, XLIV, 7; fr. 2, § 1, *Dig. de pollicit.*, L, 12; fr. 20, § 1, *Dig. de liberat. leg.*, XXXIV, 3; fr. 7 *pr.*, § 1, 2, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 3; § 2; *Dig. de S. C. Maced.*, XIV, 6; fr. 1; § 14, *Dig. ab. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1; *cost.*, 12, *Cod. de jure delib.*, VI, 30), subivano le seguenti limitazioni nella loro capacità giuridica:

a) non potevano amministrare i beni sottoposti al curatore (fr. 1, § 3; fr. 3 *pr.*, *Dig. de min.*, IV, 4; fr. 20, *in fine*, *Dig. de ritu nupt.*, XXIII, 2; *cost.* 3, *Cod. de in int. restit.*, II, 22.)

b) non potevano alienare, senza il consenso del loro curatore (*cost.* 3, *Cod. de in integ. restit.*, II, 22);

c) non potevano adire un'eredità (*cost.* 26, *Cod. de adm.*, V, 37, *tut.*), mentre potevano ***agnoscere bonorum possessionem***, *cost.* 12, *Cod. de jure delib.*, VI, 30).

d) non potevano costituire una dote, anche per semplice promessa (fr. 60, 61, *Dig. de jure dotium*, XXIII, 3).

Il minore che non ottenne la *venia ætatis* (vedi sopra, § 18), può sempre chiedere la ***restitutio in integrum***, non solo contro gli atti fatti da sè, ma anche contro quelli convalidati dal curatore, o che il curatore in nome proprio ha fatto per lui minore (fr. 29, § 1; fr. 39, § 1; fr. 47, § 1, *de minoribus*, IV, 4; *cost.* 2, 3, 4, 5, *Cod. de in integr. restit.*, II, 22), quando dimostri che gli furono pregiudicevoli.

§ **265.** La cura dei minori termina:

1° Con la morte del minore o del curatore.

2° Con qualunque diminuzione di capo del minore; con la massima e la media del curatore. E ciò per le stesse ragioni addotte, parlando dei modi analoghi, coi quali finisce la tutela (vedi sopra, § 236). Questi modi di cessazione della cura si argomentano dal § 1, 3, 4, *Instit. quib. mod. tut. fin.*, I, 22.

3° Con la maggiorità del sottoposto, ossia col compimento dei 25 anni (*Instit. pr. de curat.*, I, 23; fr. 1, § 2, 3, *Dig. de min.*, IV, 4).

4° Con la *venia ætatis* (vedi sopra, § 18), la quale parifica i minori ai maggiori, fuori che per l'alienazione dei beni immo-

bili, loro proibita senza l'autorizzazione del magistrato (*cost.* 2, *Cod. qui veniam æt.*, II, 45; *cost.* 10, *Cod. de appellat.*, VII, 42).

5° Con una scusa fatta valere dal curatore ed accettata dal magistrato, cessa pel curatore l'ufficio: come gli cessa per la sua remozione qual *sospetto;* e pel compimento dell'affare speciale, ad intuito del quale era stato nominato. (Ciò si argomenta dal § 6, *Instit. quib. mod. tut. fin.*, I, 22; § 2, 5, *ibid.*, I, 22; *dal* fr. 10, § 8, *Dig. de excusat.*, XXVII, 1).

IV. Cura degl' infermi.

§ 266. Le malattie perpetue o di lunga durata inabilitando a trattare i propri affari, obbligano a nominare un curatore a chi ne è travagliato. Questo curatore si suol dare per esempio, ai sordo muti, ed in generale a coloro *qui morbo perpetuo laborant* (*Instit.*, § 4, *de curat.*, I, 13; fr. 12, *Dig. de tut. vel curat.*, XXVI, 5; fr. 2, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10; fr. 1, § 4, *Dig. de munerib.*, L, 4). Ciò non pertanto, questi infelici debbono per regola generale chiedere siffatto curatore, e lo tengono finchè dura il loro bisogno (*Instit.*, § 4, *de curat.*, I, 23, fr. 2, *Dig. de curat. furios.*, XXVII, 10).

§ 267. Dalla cura nascono le stesse azioni, che dicemmo nascere dalla tutela (vedi sopra, § 241). Il sottoposto ha un'azione *diretta* contro il curatore; il curatore ha un'azione *contraria* contro il sottoposto; ed hanno il nome di *utiles tutelæ actiones*. Ciò resulta dalla rubrica dei titoli del Digesto: *de tutelæ et rationibus distrahendis* ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE, XXVII, 3; *de contraria tutelæ et* UTILI *actione* XXVII, 4; *dal* fr. 1, § 2, *Dig. eod.*). Le azioni *pro tutelæ*, (vedi sopra, § 242), non si applicavano alla cura, invece si esperimentavano le azioni *negotiorum gestorum* (fr. 1, § 6, 7, *Dig. de eo qui pro tut.*, XXVII, 5).

V. Altre specie secondarie di cura.

§ 268. Oltre tutte le specie di cura fin qui dichiarate, se ne conoscono in diritto Romano altre di minore rilievo. Tali sono:

1° La cura dei beni di un debitore insolvente, fra i creditori

del quale è aperto un *concorso*. Questa specie di cura era ordinata dall' Editto soltanto per eccezione, dacchè in generale l' Editto permettesse ai creditori mediante un *magister bonorum* scelto fra loro (GAJO, III, 79), di procedere alla vendita dei beni in concorso, affidandone a lui l' amministrazione fino alla vendita stessa (fr. 3, § 23; fr. 10, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2; fr. 15 *pr.*, *Dig. de bon. auct. jud. poss.*, XLII, 5). Ma se la vendita non poteva effettuarsi subito, e la cosa andava, contro l'ordinario, in lungo: si affidava l'amministrazione dei beni del debitore ad un curatore (fr. 23, § 2, 4, *Dig. de hered. instit.*, XXVIII, 5; fr. 6, § 2; fr. 8, 9 *pr.*, *Dig. quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4, fr. 9, § 5, *Dig. de bon. auct. jud. poss.*, XLII, 5; fr. 1, § 1, fr. 2, *Dig*, *de cur. bon. dando*, XLII, 7).

2° La cura del ventre pregnante (*cura ventris et bonorum*), che ha luogo quando alla morte del marito la moglie trovasi incinta. Questa cura ha per oggetto di provvedere ai bisogni personali della donna, ed all' amministrazione dei beni, che un giorno apparterranno all' infante già concepito (fr. 1, § 17, 24, *de ventre in poss.*, XXXVII, 9; fr. 20 *pr.*, *Dig. de tut. et curat. dat.*, XXVI, 5; fr. 8, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10; fr. 48, *Dig. de adm. et peric.*, XXVI, 7).

3° La cura *ex Edicto Carboniano*, che è data quando qualcheduno contesta al figlio impubere del defunto, che è in possesso provvisorio dell' eredità, il suo stato (vedi il tit. *de Carboniano Edicto*, XXXVII, 10 e specialmente il fr. 5, § 2, *Dig. ibid.*)

4° La cura di una eredità giacente (*hereditas jacens*) cioè aperta, ma non ancora accettata, (fr. 3, *Dig. de curat. fur.*, XXVII, 10; fr. 8, 9, *Dig. quib. ex. caus. in pos.*, XLII, 4; fr. 22, § 1, *de reb. auct. jud. possid.*, XLII, 5; fr. 1, § 4, *in f. Dig. de munerib.*, L, 4).

5° La cura dei beni di un assente (*cura bonorum absentis*), cioè di chi partì senza lasciare un procuratore, (fr. 22, § 1, *Dig. de reb. auct. jud. poss.*, XLII, 5), o di chi divenne prigioniero di guerra, (fr. 1, § 4, *Dig. de muneribus*, L, 4; fr. 15 *pr.*, *Dig. ex quib. caus.*, *maj.*, IV, 6; fr. 6, *in f. Dig. de tut.*, XXVI, 1; fr. 6, § 2, *Dig. ex quib. caus.*, XLII, 4).

§ 269. In tutte queste cinque specie di cura, (che sono pure un *munus publicum*), l' amministrazione, la responsabilità dei curatori ed i diritti e gli obblighi delle parti interessate, sono gover-

nati dalle regole esposte intorno alla tutela degli impuberi ed alla cura dei minori, per quanto l'obietto della cura ne renda possibile l'applicazione. Ma si avverta che la ipoteca generale a garanzìa dell'amministrato, fu per diritto Romano estesa solamente a carico del patrimonio dei curatori di un furioso e di un prodigo (*cost.* 7, § 5, *de curat. fur. vel prodigi,* V, 70).

LIBRO SECONDO.

DELLE COSE E DEI DIRITTI PATRIMONIALI.

SEZIONE PRIMA.

DELLE COSE IN GENERALE.

(*Instit.*, lib. II, tit. 1, *de rerum divisione et acquirendo ipsarum dominio;* tit. 2, *de rebus corporalibus et incorporalibus; Dig.* lib. I, tit. 8 *de divisione rerum et qualitate*).

§ 1. Nel comune linguaggio per *cosa* intendiamo: ogni corpo sprovvisto di ragione, limitato, suscettivo di essere sottoposto al potere dell'uomo, del quale l'uomo può servirsi come di mezzo per raggiungere il suo fine; onde deriva, che tutto quanto ne circonda, all'infuori dell'uomo, addimandasi *cosa*. L'idea di *cosa* è un contrapposto all'idea di *persona*, imperocchè tutto quello che persona non è, sia cosa.

§ 2. Nel linguaggio giuridico invece per *cosa, res,* si intende tutto ciò: *che può far parte del nostro patrimonio, ossia tutto ciò che può essere obietto dei nostri diritti patrimoniali.* In questo significato adunque, sono cose:

a) tutti gli oggetti *corporali* sui quali possiamo avere il dominio, od un qualche diritto frazionario del dominio (vedi sopra *Introduzione,* sez. IV, § 224, lett. *β*);

b) gli stessi diritti frazionari del dominio (*jura in re aliena*) possono anche essi venire considerati, e sono dai Romani considerati, come cose, per la ragione medesima, di essere cioè misurabili e rappresentabili dal danaro, e suscettivi di far parte del nostro patrimonio.

c) i fatti, i servigi, o le prestazioni, che altri ci deve (*obligationes*): perchè questi fatti, questi servigi, queste prestazioni

talora hanno per effetto il procurarci o farci avere una cosa, e perchè poi trovano sempre il loro equivalente in una cosa: sono suscettivi di valutazione alla pari delle cose corporali, hanno un valore pecuniario: il danaro (*pecunia*) ne può essere misura e rappresentazione, e fanno parte del patrimonio. La voce che i Romani adoperano per indicare ciò che *costituisce l'attualità* del nostro patrimonio, è la voce *pecunia:* mentre per indicare tutto ciò che *può formare obietto* del patrimonio medesimo, adoperano la voce *res* (fr. 5 *pr.*, *Dig. de verborum significatione,* L, 16). Le *cose*, considerate sotto il punto di vista dell' utilità che possono arrecare all'uomo, diconsi dai Romani, *bona; bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse* (fr. 49, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). Una conseguenza di questa idea si era, che dai *bona* escludevano tutto ciò che reca più nocumento che vantaggio; *proprie bona dici non possunt, quæ plus incommodi quam commodi habent* (fr. 83, *Dig. de verb. signif.,* L, 16), attalchè i debiti andavano secondo essi dedotti dal patrimonio, ed il residuo soltanto meritava il titolo di *bona: bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno, supersunt* (fr. 39, § 1, *Dig. de verb. signif.,* L, 16; fr. 72 *pr.*, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3; fr. *ult. Dig. de usu et usuf.*, XXXIII, 2: fr. 2, § 1, *Dig. de collat. bon.,* XXXVII, 6; fr. 11, *Dig. de jure fisci,* XLIX, 14).

Ciò non pertanto in un significato più largo della voce *bona*, vi comprendevano ancora i debiti, e volevano con essa esprimere il *patrimonio* nel complesso dell' attivo e del passivo, nel *commodum* e nell' *incommodum*, nel *damnum* e nel *lucrum* (fr. 3 *pr.*, *Dig., de bon. poss.,* XXXVII, 1; fr. 208, *Dig. de verb. signif.,* L, 16).

§ 3. Confrontando il significato volgare della parola *cosa*, col significato che essa ha nel linguaggio giuridico romano, si riconosce che il diritto Romano ha in parte esteso, in parte limitato quel significato volgare. Lo ha esteso, in quanto che ha dichiarato *cose* gli schiavi (GAJO, II, 13; fr. 1, § 1, *Dig. de div. rer.*, I, 8; *Instit.*, § 22, *de legatis*, II, 20; fr. 9, *Dig. de usurpat.,* XLI, 3), e degli enti incorporali (*res incorporales*), come dei diritti su cose corporali altrui, *jura in re aliena*, o dei diritti emergenti da un rapporto obbligatorio, *obligationes*, (fr. 23, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Lo ha limitato, fissando che non si potesse aver diritto su certi oggetti i quali astrattamente consi-

derati, per loro indole naturale sarebbero *cose:* ma che nel senso giuridico *cose* non sono, perchè non possono formare parte del patrimonio o obietto di diritti patrimoniali (*res extra commercium, non est commercium earum*).

§ 4. Molte sono le distinzioni che delle *cose* occorrono nelle Fonti del nostro diritto, e non logicamente ordinate; noi le esponiamo con quella successione, che ci sembra più razionale; e però ci facciamo ad esaminare le cose sotto gli aspetti che appresso: 1° della loro *creazione*, 2° della *religione*, 3° della *cittadinanza*, 4° della *proprietà*, 5° della loro *natura fisica o giuridica*, 6° della loro *composizione* ed *aggregazione*.[1]

[1] Il Codice nostro distingue le cose: in cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, ed in cose che non lo possono (art. 406).

Le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, le chiama *beni* (cit. art. 406). Di questi beni poi fa due principali distinzioni:

I. l'una sotto il punto di vista della loro *indole fisica o giuridica*,

II. l'altra sotto il punto di vista del loro *proprietario*.

I. Sotto il punto di vista della loro *indole*, li suddistingue in *beni immobili e mobili*.

A) beni *immobili;* sono tali secondo il Codice:

a) per *natura*, *b*) per *destinazione* *c*) per *l'oggetto a cui si riferiscono* (art. 407).

a) Sono *immobili per natura:* i terreni, le fabbriche, i mulini ed altri edifizi fissi su pilastri o formanti parti di una fabbrica (art. 408); gli alberi finchè non vengono atterrati (art. 410), i frutti della terra e degli alberi non per anco raccolti o separati dal suolo; essi diventano mobili a misura che sono raccolti o separati dal suolo, quantunque non sieno trasportati altrove, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 411); le sorgenti, i serbatoi ed i corsi di acqua; i canali che conducono le acque in un edifizio o fondo; si considerano detti canali come immobili, e come facenti parte dell'edifizio o del fondo a cui le acque devono servire (art. 412). Tutte queste cose, se si prescinde dal suolo e da ciò che è contenuto nel medesimo, sono, *in realtà*, cose immobili *per accessione*.

Sono altresì *reputati immobili* i mulini, i bagni e tutti gli altri edifizi galleggianti, ove sieno o debbano essere con corde o catene saldamente attaccati a una riva, e su questa trovisi una fabbrica destinata espressamente al loro servizio; questi mulini bagni ed edifizi galleggianti si considerano come formanti una cosa sola con la fabbrica loro destinata e col diritto che ha il proprietario di tenerli anche sopra acque non sue (art. 409).

b) Sono beni *immobili per destinazione:*

1° Le cose che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo. Tali sono: gli animali addetti alla culture, gli strumenti rurali, la paglia lo strame, il concime; i piccioni delle colombaie, i conigli delle conigliere; gli alveari; i pesci delle peschiere; i torchi, le caldaie, i lambicchi, i tini, le botti; gli utensili necessari a fucine, cartiere, mulini, ed altre fabbriche; il fieno e le semente somministrate agli affittuari od ai mezzaioli, e tutte le altre cose consegnate a costoro, pel servizio e la coltivazione del fondo. Gli animali consegnati dal proprietario del fondo all'affittuario od al mezzaiolo per la coltivazione, ancorchè siano stati stimati, si annoverano fra i beni immobili, sino a che in forza della convenzione restano addetti al fondo. Invece gli animali che il proprietario consegna a soccio o soccida ad altri fuorchè all'affittuario od al mezzaiolo, si reputano beni mobili (art. 413).

2° Tutti gli oggetti mobili annessi ad un fondo o edifizio per rimanervi *stabilmente*. Tali sono quelli che stanno attaccati con piombo, gesso, calce, stucco od altro, o che non se ne possono staccare senza rottura e deteriora-

§ 5. Per riguardo alla loro

I. Creazione.

le cose sono o di *creazione naturale* o di *creazione giuridica.* Il diritto Romano sotto questo punto di vista, distingue le cose: in

mento, o senza rompere e guastare la parte del fondo o dell' edifizio a cui sono attaccati. Gli specchi, i quadri, ed altri ornamenti, si reputano stabilmente uniti all' edifizio quando formano corpo col tavolato, colla parete o col soffitto. Le statue si reputano immobili quando sono collocate in una nicchia formata per esse espressamente, o quando fanno parte di un edifizio nel modo sopra indicato (art. 414). A vero dire tutti questi oggetti mobili annessi *stabilmente* ad un fondo, ad un edifizio per mezzo di piombo, stucco, ec., dovrebbero venire qualificati come immobili *per accessione*, e non *per destinazione*.

c) La legge considera *immobili*, *per l' oggetto cui si riferiscono*, i diritti del concedente e quelli dell' enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; il diritto di usufrutto e di uso sulle cose immobili, e quello di abitazione; le servitù prediali; le azioni che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi (art. 415).

B) I beni *mobili* sono tali, per loro *natura*, o per *determinazione della legge* (art. 416).

a) Sono *beni mobili per natura* i corpi che possono trasportarsi da un luogo all' altro, o si muovano per propria forza, come gli animali, o vengano mossi da forza esteriore, come le cose inanimate, ancorchè tali cose formino collezione od oggetto di commercio (art. 416).

Sono *mobili* i battelli, le chiatte, le navi, i mulini e bagni su battelli, e generalmente gli edifizi galleggianti non accennati nell'art. 409, vale a dire quando non sieno, e non debbano essere con corde o catene saldamente attaccati ad una riva, e su questa riva non trovisi una fabbrica destinata espressamente al loro servizio (art. 419). Sono mobili i materiali provenienti dalla demolizione di un edifizio, o raccozzati per costruirne un nuovo, fino a che non sieno adoperati alla costruzione (art. 420).

b) Sono *beni mobili per determinazione della legge:* i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d' industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili. In quest' ultimo caso tali azioni o quote di partecipazione sono reputate mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società. Sono ugualmente reputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, salvo quanto alle rendite sullo Stato le disposizioni delle leggi relative al debito pubblico (art. 418).

Il Codice nostro non distingue i beni in *corporali* ed *incorporali;* l' unica distinzione relativa all' indole fisica o giuridica dei beni che il Codice contiene, è quella di *immobili* e di *mobili;* i beni incorporali (come i diritti) ora dal Codice sono classati fra i mobili, ora fra gli immobili, a seconda del loro *obietto* o mobile od immobile.

II. L' altra capitale distinzione che il Codice fa relativamente ai beni, si diparte dal punto di vista *del proprietario loro*. Sotto quest' aspetto il Codice distingue i beni in due grandi categorie.

1° beni appartenenti a *persone giuridiche,* o *pubbliche,* e però beni di *proprietà pubblica*.

2° beni appartenenti a *persone fisiche o private,* e però beni di *proprietà privata*.

I beni appartenenti a *persone giuridiche* sono o dello Stato, o delle provincie, o dei Comuni, o dei pubblici istituti ed altri corpi morali (art. 425).

A) I beni dello *Stato* sono: *a*) di *demanio pubblico, b*) o *beni patrimoniali* (art. 426).

a) Fanno parte del *demanio pubblico,* e corrispondono alle *res publicae* del

cose corporali (*res corporales*) e cose incorporali (*res incorporales*). Le *corporali* sono quelle che esistono fisicamente, e cadono sotto i sensi esterni, *res quæ tangi possunt, quæ cerni possunt, quæ*

diritto Romano, le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni, le spiaggie i fiumi e torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze (art. 427).

b) Fanno parte del patrimonio dello Stato (*res in patrimonio populi* in contrapposto *a res quæ in publico usu habentur*) qualsiasi altra specie di beni appartenenti allo Stato e diversi dai demaniali (art. 428).

I beni del demanio pubblico sono per loro natura *inalienabili*; quelli del patrimonio dello Stato non si possono alienare che in conformità delle leggi che li riguardano (art. 430). I terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze da guerra, che più non abbiano tale destinazione, e tutti gli altri beni che cessino di essere destinati all' uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato (art. 429). Le miniere e le saline sono regolate da leggi speciali (art. 431).

B) I beni delle *provincie e de' comuni* si distinguono in beni di *uso pubblico* e in beni *patrimoniali*; distinzione che somiglia a quella romana fra le *res universitatis* e le *res in patrimonio universitatis*. La destinazione, il modo e le condizioni dell' uso pubblico, e le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali (art. 432).

C) I beni degli *istituti civili ed ecclesiastici*, e *degli altri corpi morali*, appartengono ai medesimi in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere (art. 433). I beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, e non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo (art. 434).

Delle cose che *non possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata*, ossia delle cose che secondo il Codice non possono chiamarsi *beni*, il Codice stesso tace; ed a ragione, non essendo chiamato a trattarne, perchè estranee al diritto civile privato.

Le cose che non sono proprietà pubblica o privata, ma che possono divenirlo, come gli animali che possono formare obietto di caccia o di pesca, il tesoro, e le cose mobili abbandonate, (insomma le *res nullius* del diritto Romano), sono dal Codice contemplate là dove tratta dell' *occupazione*, che è il modo di acquistare la proprietà delle medesime (art. 711).

Il Codice in qualche luogo (art. 1116, 1298, 1967, 2113) parla di *cose fuori di commercio*, e dichiara che non possono formare oggetto di contratto, e che riguardo ad esse non può aver luogo ipoteca e prescrizione: ma in nessun luogo le enumera nè le definisce. È da ritenere per altro, che fuori di commercio sieno i *beni demaniali* (art. 426 e 427) ed i beni di *uso pubblico* delle provincie e dei Comuni (art. 432) oltre le cose *sante*, le *religiose*, le *comuni a tutti*, ed in generale quelle che non possono formare obietto di proprietà nè pubblica nè privata (art. 406 e 690).

Le distinzioni delle cose in *fungibili* e *non fungibili*, *divisibili* e *indivisibili* ec. ec. che occorrono nel testo alle presenti note, non si leggono nel Codice, perchè sono distinzioni scientifiche, che non hanno importanza tale di fronte alla legge, da esigere una speciale menzione. Il Codice talora parla di *specie* e di *genere*, ma la voce *specie* l'adopera nel significato volgare, (art. 840, 875, capov. 1°, 1117, 1248, 1261, n° 3, 1287, 1819, 1848, capov. 1°), e non nel senso di una cosa individualmente determinata, come l'adoperavano i romani giureconsulti.

Negli articoli 421 a 425 il Codice fissa alcune regole di ermeneutica relativamente alle parole *mobili*, *mobilia*, ed alle espressioni *beni mobili*, *effetti mobili* etc. (Vedi l' appendice VI, § 1 in calce al presente volume). Inutili sono questi articoli, perocchè sia sempre secondo l'intenzione dell' autore dell' atto che si debbano interpretare le sue parole; e questa intenzione si rivela dal suo modo di parlare, dal significato che alle parole da esso adoperate dà l'uso, legislatore supremo in fatto di lingua; dalle circostanze, dal confronto delle diverse parti dell' atto, e non dalle dichiarazioni del Codice. (Vedi il nostro *Trattato di Ermeneutica giuridica*, Pisa, Litografia Bertini, an. 1865-66, p. 204).

sunt (GAJO, II, 12, 24; *Instit. pr.*, *de rebus corporalibus et incorporalibus*, II, 2; fr. 1, § 1 *de rerum divisione*, I, 8). Le *incorporali* sono delle astrazioni che si concepiscono con la mente (*quæ intelliguntur*), che consistono in un diritto (*quæ in jure consistunt*), ma che non cadono sotto i sensi (*quæ tangi non possunt*) *corporales hæ sunt* (dicono le Istituzioni imperiali) *quæ sui natura tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt, qualia sunt ea quæ in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoque modo contractæ.* Fra le cose incorporali i Romani collocano i soli diritti *patrimoniali* (diritti patrimoniali reali, e diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio), non i diritti *personali*, cioè di condizione civile e di famiglia. Questi diritti *personali* non furono come cose considerati, perchè non sono misurabili e rappresentabili dal danaro: *pecunia* (vedi sopra, § 2). Fra le cose incorporali non collocano mai il dominio, anzi lo dicono cosa corporale in contrapposto agli altri diritti patrimoniali, che qualificano come cose incorporali (vedi fr. 8 *pr.*, *Dig. quib. mod. pign. solv.*, XX, 6; fr. 3, *pr. Dig. de bon. poss.*, XXXVII, 1; fr. 13, § 1, *de damno infecto*, XXXIX, 2). Essi dunque lo materializzano, lo confondono con la cosa che ne è obietto, forse perchè quel diritto la comprende intiera.

§ 6. Riguardo alla

II. RELIGIONE

i Romani distinguevano le cose, in cose di diritto divino *res divini juris*, e cose di diritto umano *res humani juris*. (GAJO, II, 2; fr. 1 e fr. 6, § 2, *Dig. de div. rerum*, I, 8). Secondo Gajo è questa la *summa rerum divisio*. Per *res divini juris* intendevano quelle consacrate agli Dei ed alla religione, mentre per *res humani juris* quelle in dominio ed in commercio degli uomini. Fra le *res divini juris* venivano le *res sacræ, religiosæ, sanctæ*.

a) *Sacræ* chiamavansi le cose solennemente consacrate agli Dei superi o celesti, *quæ Diis superis consecratæ sunt*, dai pontefici o dal principe come pontefice massimo (*Instit.*, § 8, *de rer. div.*, II, 1; fr. 6, § 3 e fr. 9, *Dig. de divis. rer.*, I, 8; GAJO, II, § 4); in seguito *res sacræ* chiamaronsi in generale quelle consa-

crate al culto divino. Le cose *sacre* non erano in dominio di alcuno (fr. 1 e 6, § 2, *Dig. de div. rer.,* I, 8), mediante la consacrazione venivano sottratte alla proprietà degli uomini, ed attribuite agli Dei; laonde non potevano essere obbligate nè alienate (fr. 9, § 5, *Dig. de div. rer.*, I, 8). Le cose sacre rimanevano tali, ancorchè rovinate: verbigrazia l' area del tempio rimaneva sacra sebbene il tempio fosse diruto, quasi fosse sempre occupata dagli Dei (*Instit.*, § 8, *de rerum. div.*, II, 1; fr. 6, § 3, *de div. rer.,* I, 8; fr. 73, *de contrah. empt.,* XVIII, 1). Cessavano di essere sacre, se la città fosse stata presa dal nemico, perchè si credeva che gli Dei abbandonassero la città prima dell' espugnazione; o se ne fossero stati evocati, (fr. 9, § 2, *Dig. de div. rer.*, I, 8); ed evocarli solevano i nemici che assediavano una città, fabbricato un tempio appositamente fuori delle mura, affinchè vi avessero ricetto. Il luogo sacro preso dal nemico rimaneva profano finchè non fosse stato ripreso dagli eserciti romani (fr. 36, *Dig. de religiosis*, XI, 7). Per diritto Canonico cose sacre sono quelle consacrate dal vescovo o dal pontefice, e che servono immediatamente al culto divino, come le chiese, i sacri arredi, ec. Gli imperatori cristiani permisero l' alienazione delle cose sacre: 1° per riscattare gli schiavi. (*Instit.*, § 8, *de rer. divis.*, II, 1; *Nov.*, 120, cap. 9), 2° per nutrire i poveri durante le carestie (*cost.* 21, *Cod. de SS. Ecclesiis,* I, 2), 3° per dimettere i debiti della Chiesa (*Nov.* 120, cap. 9 e 10).

b) *Cose religiose* erano quelle dedicate agli Dei mani o inferi: *quæ Diis manibus relictæ sunt* (Gajo, II, 4). Religiosa diveniva una cosa ancora per fatto di un privato, mentre sacra diveniva soltanto per una cerimonia religiosa, e mediante l' intervento della pubblica autorità, cioè, in antico, mediante una legge od un senatusconsulto, e poi mediante una costituzione (fr. 9, § 1, *Dig. de divis. rer.*, I, 8; *Instit.,* § 8, *de rer. divis.,* II, 1; Gajo, II, 4). L' inumazione del cadavere di un uomo, libero o servo, rendeva *religioso* il luogo ove era inumato (fr. 2, *Dig. de religiosis*, XI, 7), non già l' inumazione del cadavere di un nemico (fr. 4, *Dig. de sepulchro violato,* XLVII, 12). Se poi il cadavere era stato diviso in pezzi, sepolti separatamente, religioso diveniva soltanto il luogo nel quale era sepolto il capo (fr. 44, *Dig. de religiosis,* XI, 7). I cenotafi, o monumenti onorari nei quali non riposava il cadavere, non erano cose religiose. (fr. 42, *Dig. de religiosis,*

XI, 7.) Non ne convenivano alcuni giureconsulti, che al dire di Marciano, si fondavano sull' autorità di Virgilio (lib. VI, *Æneid.*, v. 150), ma la loro opinione fu rigettata da un rescritto di Antonino e Lucio Vero (fr. 7, *Dig. de div. rer.*, I, 8), che tali cose escluse dalla categoria delle religiose.

Per fare religioso un luogo, 1° il cadavere doveva essere stato sepolto in luogo *proprio* di chi ve lo interrava. Chi l' avesse sepolto in luogo altrui o in luogo pubblico, poteva essere obbligato a remuoverlo (fr. 6, § 4, *Dig. de divis. rer.,* I, 8). Il proprietario del terreno esperimentava una *actio in factum* (fr. 2, § 1, fr. 8, § 1, *Dig. de religiosis,* XI, 7; PAOLO, I, 21, 7), in seguito della quale, il magistrato ordinava fosse remosso il cadavere con le debite cerimonie, o fosse pagato il prezzo del luogo (fr. 8, § 2, *Dig. de religiosis*, XI, 7). E ciò avveniva principalmente, perchè per un certo numero di piedi a distanza dal cadavere, non potevasi seminare nè coltivare il suolo (HEINEC., *Ant. Rom. h. t.*). Onde derivava, che senza il consenso di chi aveva un diritto di comproprietà, di usufrutto, di uso, o di servitù, su di un dato luogo, questo non poteva essere fatto religioso (fr. 6, § 4, *Dig. de divis. rer.*, I, 8; fr. 2, § 7, *Dig. de religiosis*, XI, 7; *Instit.*, § 9, *de rerum. divis.,* II, 1). Col permesso del proprietario potevasi inumare in luogo altrui; e quand' anche la sua annuenza fosse sopraggiunta dopo l' inumazione, il luogo sarebbe divenuto religioso (*Instit.*, l. cit.). 2° Per fare religioso un luogo era altresì necessario, che per lo innanzi fosse stato *puro*; e *locus purus* significava un luogo nè sacro, nè santo, ed ove non fosse stato inumato altro cadavere (fr. 2, § 4, fr. 8, § 3, *Dig. de religiosis,* XI, 7), perocchè se precedentemente con l' interramento di un cadavere era già stato fatto religioso, non aveva nessuna efficacia su questo carattere una nuova sepoltura. 3° Finalmente per rendere religioso un luogo doveva la inumazione essere stata fatta a *perpetuità;* un deposito temporario non gli toglieva la qualità di luogo *purus*. - Quella parte di terreno che diveniva religiosa, era fuori di commercio; e quando si vendeva un fondo, essa intendevasi sempre eccettuata e riserbata al venditore, insieme al diritto di passo necessario per andare a compiere i funebri sacrifizi (fr. 10, *Dig. de religiosis*, XI, 7; PAOLO, I, 21, 7). Mentre i luoghi religiosi, come cose fuori di commercio, non potevano essere alienati per atti *inter vivos,* nè trasmessi per atti

mortis causa, il diritto di inumare era invece commerciabile, era parte del patrimonio, e perciò potea essere venduto, legato ec., (*cost.* 14, *Cod. de legatis*, VI, 37; fr. 5 e 6, *Dig. de religiosis*, XI, 7). I luoghi religiosi rimanevano tali finchè, con l'autorità dei pontefici, ed in seguito degli imperatori, non fosse stato trasportato altrove il cadavere sepoltovi (fr. 44, § 1, *Dig. de religiosis*, XI; *cost.* 14, *Cod. de religiosis*, III, 44). I luoghi religiosi realmente non appartenevano ad alcuno, ma chi li aveva resi tali, aveva sopra di loro una specie di diritto coerente alla destinazione loro data: laonde nei sepolcreti di famiglia (*familiaria sepulchra*) o ereditari (*hereditaria*) tutti i membri di una data famiglia avevano diritto di depositare i propri morti (fr. 5 e 6, *Dig. de religiosis*, XI, 7; *cost.* 13, *Cod. eod. tit.*, III, 44). Il pretore proteggeva con un *interdetto* chi voleva inumare la salma di un defunto nel luogo ove aveva diritto di farlo; e contro chi avesse recato impedimento, potevasi o invocare quell'interdetto o esperimentare un'azione in risarcimento di danni (fr. 9, *Dig. de religiosis*, XI, 7). Con la remozione del cadavere ritornavano puri o profani i luoghi religiosi. Cessavano di essere religiosi i luoghi occupati dal nemico; ma evacuati da esso, per un'applicazione dell'*jus postliminii*, ritornavano tali (fr. 36, *Dig. de religiosis*, XI, 7). Per diritto Canonico cose religiose furono i sepolcri ed i cimiteri, nonchè tutti i luoghi pii sottoposti alla giurisdizione ecclesiastica. I cimiteri ed i sepolcri, come benedetti, non poterono servire di sepoltura agli eretici, ai pagani, ed agli scomunicati.

c) *Cose sante* chiamavansi quelle *sancitæ*, ossia protette da una sanzione pubblica e penale contro ogni violazione: *sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est* (fr. 8, *Dig. de div. rer.*, I, 8). Di questa difesa godevano ancora le cose sacre e le religiose (*Dig.*, XLIII, 6, *ne quid in loco sacro fit*, XLVII, 12, *de sepulchro violato*), ma di preferenza *res sanctæ* si chiamavano alcune cose, riguardo alle quali si valevano delle credenze religiose per garantirle da ogni violazione, facendole considerare come una proprietà di alcune divinità protettrici, *Dii tutelares*, laonde la violazione delle medesime era dichiarata specialmente punibile. Tali furono sempre le mura e le porte della città. (Gajo, II, 8; *Instit.*, § 10, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 8, 9, § 3, 4, fr. 11, *Dig. eod.*, I, 8). Queste cose non erano nè sacre nè pro-

fane, *sed sanctione quadam sunt confirmata* (fr. 9, *Dig. de divis. rer.*, I, 8); a rigore non erano cose *divini juris*, ma erano considerate come tali, perchè fuori del commercio degli uomini, e circondate da venerazione legale: *quodammodo divini juris sunt* (GAJO, II, 8; *Instit.*, § 10, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 1, *Dig. de divis. rer.*, I, 8). Il pretore con un suo interdetto vietava che si arrecasse danno o nocumento in un luogo santo (fr. 2, *Dig. ne quid in loco sacro fiat,* XLIII, 6), e chi avesse danneggiato, scavalcato, le mura o le circonvallazioni loro, o vi avesse appoggiato delle scale o lavorato per restaurarle o per sovrapporvi od unirvi qualche cosa arbitrariamente, sarebbe stato punito di morte (*Instit.,* § 10, *h. t.*; II, 1; fr. 9, § 4; fr. 11, *Dig. eod.*, I, 8; fr. 3, § 17, *Dig. de re militari,* XLIX, 16). Eziandio le cose sante perdevano questo loro carattere, quando occupate dal nemico, ma esse pure lo riacquistavano *jure postliminii* (fr. 36, *Dig. de religiosis,* XI, 7).

§ 7. Riguardo alla

III. CITTADINANZA

ancora, le cose subivano delle distinzioni. Il privilegio della romana cittadinanza, che rendeva applicabile il diritto Civile, non si limitava alle persone; si estendeva ancora alle cose (CIC., *Pro Flacco,* § 32). Le une come le altre, erano ammesse al godimento del *commercium*. E mentre il *commercium* per le persone era, lo abbiamo detto più volte, la capacità di concludere negozi civili secondo l'*jus civile,* di acquistare la proprietà romana (*dominium ex jure quiritium*) di far testamento con le forme romane, e di figurarvi come erede, legatario, o testimone: per le cose, il *commercium* era la capacità di essere acquistate, trasferite e trasmesse secondo quel diritto Civile, e di essere obietto del *dominium ex jure quiritium*. Di quì la distinzione fra il suolo sottoposto al diritto Civile Romano, suscettivo di proprietà quiritaria, ed il suolo fuori del diritto Civile non suscettivo di quella proprietà; il primo detto *solum italicum*, il secondo *solum provinciale*. In origine il solo territorio intorno a Roma, l' *ager romanus,* fu suscettivo dell' applicazione del diritto Romano,

come i soli Romani erano *cives;* ma in seguito, come la cittadinanza fu conceduta agli abitanti di altre città diverse da Roma, così furono comunicati ad altre terre i privilegi dei quali godeva l'agro romano. E *solum italicum* (ULP., XIX, 1; *Instit. prin., de usucap. et longi temp. possess.;* II, 6 *pr., quib. alien. licet vel non,* II, 8) fu l'espressione della concessione più lata di questo genere, perocchè fosse parificato per l'applicazione del diritto Civile all'agro romano; onde l'*jus italicum,* del quale parlammo nel sunto di Storia esterna del diritto Romano (vedi *Introd.,* § 102). Il *solum provinciale* (GAJO, II, 7, 27, 31, 46, ec.) non poteva essere obietto della proprietà *ex jure quiritium;* i fondi in esso situati non potevansi acquistare nè trasmettere coi modi propri del diritto Civile. Questa distinzione durò fino a Giustiniano (*cost. un., Cod. de nudo jure quiritium tollendo,* VII, 25; *cost. un., Cod. de usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi,* VII, 31) che il primo l'abolì espressamente e assolutamente. Era una distinzione tutta territoriale, applicabile dunque soltanto agli immobili. I mobili, come quelli che non obbediscono alla legge territoriale, seguitano le condizioni del loro proprietario in qualunque luogo sieno trasportati. I fondi di suolo italico erano ascritti al censo: non quelli di suolo provinciale; imperocchè sottoposti al censo (*censui censendo*) erano i soli beni che appartenevano al cittadino *ex jure quiritium,* di cui poteva dire: *meum est ex jure quiritium.*

§ 8. Per riguardo alla

IV. PROPRIETÀ

le cose si distinguono in:

α) cose che sono nel nostro patrimonio (*in patrimonio*), ed in:

β) cose che sono fuori del nostro patrimonio (*extra patrimonium nostrum habentur:* GAJO, II, 1; *Instit. pr. de rer. div.,* II). - Le cose che sono nel nostro patrimonio, diconsi *bona, pecunia,* (fr. 5, *Dig. de verb. signif.,* L, 16); esse sono le cose in proprietà dei privati, e però diconsi *res privatæ, res singulorum.* Le cose fuori del nostro patrimonio, sono:

res-extra commercium

A le cose comuni a tutti (*res communes omnium*)
B le cose che appartengono allo Stato (*res publicæ*)
C le cose che appartengono ad una corporazione (*res universitatis*)
D le cose *nullius*.

Le prime tre di queste categorie di cose non appartenendo e non potendo appartenere a nessuno in particolare, diconsi per questo, fuori del nostro patrimonio, ed anche *extra commercium*. Parlando di esse, i Romani le indicano dicendo: *res cujus commercium non est.* (*Instit.*, § 4, *de legatis*, II, 20; fr. 6 *pr.*, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 39, § 10, *Dig. de legatis*, I, 30).

A) Cose comuni a tutti.

§ 9. Queste non appartengono realmente in proprietà ad alcuno, ma ciascuno può usarne, estrarne ed appropriarsene gli elementi, o farle proprie, ma per piccole frazioni. Tali sono l'aria, l'acqua corrente, il mare, e le sue rive (*Instit.*, § 1, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 2, 3, 4, *pr.*, 5, § 1, *de divis rer.*, I, 8). Nessuno può divenire proprietario del mare, dell'aria, dell'acqua corrente, considerate queste cose in astratto; ma si diviene *proprietari* di quella porzione d'acqua che fu raccolta ad un fonte, o attinta dal mare; ed allora quella parte o frazione di queste cose comuni che ne è stata separata e disgiunta, perde il suo carattere di *res communis omnium*. Di qui discende, che un luogo sottratto al mare con l'edificazione di una qualche opera, cessa per diritto Romano di essere *comune*, finchè dura quell'opera, ed il mare non ne trionfa: purchè quell'opera non sia vietata come un impedimento all'uso comune (fr. 6 *pr.*; fr. 10, *Dig. de div. rerum*, I, 8; fr. 14, 50, *Dig. de acq. dom.*, XLI, 1; fr. 3 e 4, *Dig. ne quid in loco publ.*, XLIII, 8). Le costruzioni sulle rive del mare appartenevano dunque a chi le aveva fatte, ma per farle era necessario essere autorizzati da un decreto del pretore, che negava il permesso, se ostavano all'uso comune od all'utilità privata (fr. 3 e 4, *Dig. ne quid in loco publico fiat*, XLIII, 8). Chiunque risentiva danno da quelle costruzioni, poteva agire contro chi le aveva fatte arbitrariamente (fr. 2, § 8, *Dig. ne quid in loco publico*, XLIII, 8); ma siccome le leggi romane erano avverse alle demolizioni, quelle costruzioni se non incompatibili

con l'uso pubblico, venivano rispettate; e si condannava il costruttore a indennizzare chi ne aveva risentito danno, e talora a pagare un'annua corresponsione (fr. 2, § 17, *Dig. ne quid in loco publico,* XLIII, 8). L'accesso alle rive del mare è permesso dalle leggi romane a tutti, purchè uno si astenga dal guastare i monumenti, le ville, gli edifizi costruitivi: questi non essendo come il mare comuni (fr. 2, § 1; fr. 4, *Dig. de div. rer.,* I, 8; *Instit.,* § 1, *de rer. divis,* II, 1). Le rive del mare sono *comuni;* e riva del mare è tutto quello spazio, che i flutti nelle più aspre burrasche invernali giungono a cuoprire (*Instit.,* § 3, *h. t.,* II, 1; fr. 96, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). Celso pare che considerasse le rive del mare come cosa della repubblica che è bagnata dal medesimo (fr. 3 *pr., Dig. ne quid in loco publico fiat,* XLIII, 8), ossia come cose *pubbliche;* ma la maggior parte dei giureconsulti le dicevano cose *comuni:* (vedi *Instit.,* § 5, *h. t.,* II, 1; fr. 2 e 4, *Dig. eod.,* I, 8). Ordinariamente si dice che la colonna di aria che si inalza sul fondo di taluno, è proprietà del proprietario di quel fondo, ma veramente con queste parole si confonde l'aria con lo spazio. Più esatto è dire che lo spazio che si trova al di sopra di un dato fondo, è un accessorio del fondo medesimo, e però è proprietà del proprietario di quello (fr. 1, *Dig. de servit. præd.,* VIII, 2; fr. 22, § 4, *Dig. quod vi aut clam,* XLIII, 24).

B) Cose pubbliche.

§ 10. Sono quelle che in quanto alla proprietà appartengono allo Stato, o al popolo; in quanto all'uso ad ogni membro del medesimo. *Sola enim ea publica sunt, quæ populi romani sunt.* (fr. 15, *Dig. de verb. signif.,* L, 16). Tali sono in diritto Romano le strade *pubbliche* ossia pretorie e consolari, ed anche le *vicinali,* quando non costruite da dei privati a loro spese (fr. 2, § 3, 21, 22, *ne quid in loco publico,* XLIII, 8); i fiumi pubblici o navigabili ed i porti (*Instit.,* § 2, *h. t.;* II, 1; fr. 4, § 1, *de divis. rerum,* I, 8); i laghi, e gli stagni pubblici, e le fosse pubbliche (fr. *un. ne quid in flum. publ. fiat,* XLIII, 13; fr. *un. ut in flumine publ. navig. liceat,* XLIII, 14). Ognuno poteva pescare nei porti e nei fiumi o nei laghi pubblici; ognuno poteva navigarvi. Ma era vietato costruire sopra il suolo pubblico senza averne ottenuto il permesso dall'autorità (fr. 24, *Dig. de damno infecto,*

XXXIX, 2), ed era proibito di fare qualunque opera che potesse alterare il corso dei fiumi o la loro navigabilità; che potesse nuocere alle strade pubbliche, ed in generale a qualunque luogo pubblico (*Dig.*, lib. XLIII, cit. tit. 13 e 14; fr. 2, § 10 e 16, § 7, 20, 35, *Dig. ne quid in loco publico,* XLIII, 8). Le *ripe* del fiume erano *pubbliche*, ma quanto *all' uso soltanto:* vale a dire, era lecito a chiunque farvi approdare barche, legarle agli alberi che vi crescevano, deporvi dei fardelli; ma la proprietà di queste ripe spettava ai proprietari dei terreni ad esse aderenti, e per conseguenza a costoro appartenevano gli alberi che vi crescevano; e chi vi avesse fabbricato, non sarebbe divenuto proprietario delle fabbriche inalzatevi (*Instit.*, § 4, *h. t.*, II, 1; fr. 5, *Dig. de divis. rer.,* I, 8; fr. 15, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1). Ma i proprietari di quelle ripe non potevano fare lavori che nuocessero all' uso pubblico delle medesime (*Dig.* cit., lib. XLIII, tit. 12 e 13). Chiamavansi cose *pubbliche*, ancora alcune cose destinate a servire ai bisogni dello Stato, nel modo stesso che la proprietà privata serve ai bisogni del privato, le quali componevano la *pecunia populi*; p. e., *i servi populi romani*, le miniere (*metalla*), i campi (*agri vectigales*) ec. Queste cose qui non erano, come le altre cose pubbliche ora esaminate, destinate all' uso comune dei cittadini (*quæ in publico usu habentur*); non erano fuori di commercio come quelle: erano invece nel patrimonio dello Stato o del popolo, *in patrimonio populi* (fr. 14, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). In senso improprio *res publicæ* troviamo talora chiamate eziandio le cose *comuni*, ed ancora le cose di qualche particolare municipio o di una qualche corporazione di minor conto (fr. 1, *Dig. de div. rer.,* I, 8; fr. 14, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1; fr. 17, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), ma in senso proprio: *publica, ea sola sunt*, *quæ populi romani sunt* (fr. 15, *Dig. de verb. signif.*, L, 16).

C) Cose di università.

§ 11. Sono quelle, che quanto alla proprietà appartengono all' università o corporazione, quanto all' uso, ai membri della medesima (Vedi sopra, lib. 1, § 79). Le corporazioni possono avere due specie di beni; alcuni di questi, sebbene proprietà della corporazione, non possono essere usati e goduti dai membri

della medesima, ossia dalle persone fisiche che ne sono il substrato, come p. e. i servi, il contante, i crediti della persona giuridica, corporazione. Queste cose delle quali i membri della medesima non possono servirsi e disporre, dicevansi essere: *in patrimonio universitatis* (fr. 7, § 1, *Dig. quæ cujusc. univ.*, III, 4). La corporazione può poi avere altre cose, delle quali i membri godano l'uso, e di cui l'uso può essere accordato ancora a degli estranei: e queste si chiamavano *res universitatis*. Tali, ci dicono le Istituzioni imperiali, essere i teatri, gli stadi e simili (*Instit.*, § 6, *h. t.*, II, 1; fr. 6, § 1, *Dig. eod.*, I, 8), e le cose di qualche singola città o municipio (*res civitatum*), chiamate *pubbliche*, come appartenenti ad una corporazione pubblica (fr. 15, 16, 17 *pr.*, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), ma così dette abusivamente.

§ 12. Fra le cose *fuori del nostro patrimonio*, abbiamo detto poco sopra che vengono ancora le

D) Cose *nullius*.

Sono *cose nullius:*

a) Quelle delle quali nessuno si è ancora impadronito, che non hanno mai avuto un padrone: come le perle giacenti in fondo al mare, le fiere erranti nei boschi ecc. ecc. (*Instit.*, § 12, *h. t.*, II, 1; fr. 3, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1);

b) quelle abbandonate (*res derelictæ*, o *pro derelicto habitæ*) dal padrone, con l'intenzione di rinunziare alla proprietà sulle medesime (*Instit.*, § 47, *h. t.*, II, 1; fr. 5, § 1, *Dig. pro derelicto*, XLI, 7);

c) fra le cose *nullius* i Romani annoveravano talvolta le *res divini juris*, le *res communes*, le *res publicæ*, e le *res universitatis* (*Instit.*, § 7, *h. t.*, II, 1; Gajo, II, 11). Ma quando dicevano *nullius* le *res divini juris* intendevano dire, che esse per motivi religiosi non potevano avere un padrone, e per conseguenza che erano fuori del commercio degli uomini, e fuori del patrimonio; quando dicevano *nullius* le *res communes*, intendevano accennare all'impossibilità fisica, che un uomo ne divenga proprietario; quando finalmente dicevano *nullius* le *res universitatis* intendevano mostrare che per una ragione di utilità pubblica erano sottratte alla proprietà privata, al commercio degli uomini, sebbene queste cose per loro indole ne avrebbero potuto essere obietto, e ne

divengano obietto quando non sono più destinate ad uso di pubblico interesse. In qualche luogo delle Pandette (fr. 1 *pr.*, *de divis rer.*, I, 8; fr. 13, § 5, *quod vi aut clam.*, XLIII, 24) fra le *res nullius* si annovera l'eredità giacente, cioè aperta, ma non ancora acquistata, ma impropriamente è detta *nullius,* perchè un proprietario lo ha, sebbene sia ancora sconosciuto (vedi Savigny, *Sist. di D. Romano,* vol. II, § 112).

§ 13. Una distinzione delle cose (propria del gius antico Romano, definitivamente abolita da Giustiniano) la quale deriva a nostro credere, dall'indole della proprietà, che si aveva sulle medesime, è la distinzione fra:

Res mancipi e res nec mancipi.

Grande è il numero delle disquisizioni cui questa distinzione ha dato luogo, e le opinioni più disparate sono state emesse per spiegarla, ma tutte più o meno congetturali; perocchè notizie troppo scarse ci somministrino i documenti istorici intorno a tale argomento; ed ai tempi di Giustiniano idee molto confuse si avessero in proposito (vedi *cost. un.*, *Cod. de nudo jure quirit. toll.*, VII, 25). Gajo ed Ulpiano si limitano ad enumerare le *res mancipi.* Secondo questi giureconsulti erano *res mancipi:* 1° i fondi italici, (tanto le terre quanto gli edifizi), con le servitù rustiche ad essi inerenti, 2° gli schiavi, 3° i bovi, i cavalli, i muli, i somieri, ossia i quadrupedi: *quæ dorso, collove domantur;* le altre cose erano *nec mancipi,* non esclusi gli elefanti ed i cammelli*: quamvis collo, dorsove domentur* (Gajo, II, 16, 29; Ulp., XIX, 1). Queste cose erano evidentemente tutte destinate all'agricoltura, e nei primi tempi di Roma in cui l'industria agricola era la più importante delle altre industrie tutte, non è strano che si dicessero *res pretiosores* (Gajo, I, 192) le *res mancipi.* Sappiamo positivamente dai due citati giureconsulti, che l'alienazione delle *res mancipi* richiedeva una *mancipatio,* od una *in jure cessio* (Gajo, II, 18, 22, 204; Ulp., XIX, 3, 10), e da un passo di Cicerone sembrerebbe, che esse sole dovessero essere dichiarate nel censo (Cic., *Pro Flacco,* c. 32). La proprietà quiritaria (*ex jure quiritium*) delle *res mancipi,* è certo che non si trasferiva se non erano state adoperate quelle due maniere di alienazione (*mancipatio, in jure cessio*): tuttavia se chi le aveva acquistate

senza *la mancipatio* o l'in *jure cessio*, ed invece con la semplice consegna (*traditio*), avesse continuato a possederle pubblicamente e pacificamente per un certo tempo, con questo possesso (*usus*) avrebbe finito per acquistarne (*capere*) la proprietà, ossia mediante la *usucapio* (Gajo, II, 41) le avrebbe fatte proprie *ex jure quiritium*. Fra le varie congetture, che con questi pochi dati sono state fatte per assegnare il fondamento della distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*, a noi piace quella congettura già sopra accennata (vedi lib. 1, § 45), che vuol vedere nelle *res mancipi* cose divenute proprietà privata per concessione dello Stato, il quale dividendole fra i padri di famiglia, ed assegnandone una certa quantità a ciascuna famiglia qual familiare retaggio, ne aveva fatto una proprietà vincolata. Lo Stato (in quest'ordine di idee) avrebbe assegnato a ciascheduna famiglia una piccola fattorìa, con gli uomini e gli animali necessari a coltivarla; avrebbe accordato la facoltà di goderne, di fruirne, ma con la proibizione di alienarla a persone estranee alla famiglia, senza il permesso dello Stato medesimo. Ogni *paterfamilias* avrebbe avuto per tutta la sua vita la proprietà di questa *res mancipi:* ma per non pregiudicare ai diritti dei chiamati dalla legge a succedere nelle medesime dopo la sua morte, avrebbe dovuto astenersi da qualunque *arbitraria* alienazione delle medesime, sia per atti *inter vivos,* sia per atti *mortis causa* a persone estranee. Le persone immediatamente sottoposte alla sua potestà (*heredes sui*), in mancanza di queste, gli *agnati,* e sussidiariamente i *gentili*, alla morte del *paterfamilias* sarebbero succeduti nella proprietà di queste cose, anche a loro malgrado, ed a loro insaputa (*heredes necessarii*). Questo loro diritto di successione dipendendo dalla vocazione che di essi faceva la legge, il *paterfamilias* non avrebbe potuto privarli di quel diritto senza un'altra legge derogatoria a quella prima, senza cioè il permesso dello Stato. Ed il permesso dello Stato (secondo il sistema che esponiamo) è esplicito e precedente nella *mancipatio e nella in jure cessio:* è implicito, successivo, e sotto forma di ratifica per tacita annuenza, nella *usucapio*. La *mancipatio* sarebbe stata sostituita come più spedita, e più facile all'approvazione dei comizi convocati (*calatis comitiis*) in origine necessaria a qualunque alienazione delle *res mancipi,* eseguita sia per atti *inter vivos* sia per atti *mortis causa*. Stando a questa congettura, il patrimonio

di ogni *paterfamilias* sarebbe stato per conseguenza composto, parte di beni assolutamente liberi (*res nec mancipi*), parte di beni sottoposti ad un vincolo restitutorio, a favore degli *heredes sui* e degli *agnati* (*res mancipi*), ossia a favore della famiglia civile: e le cose proprie del *paterfamilias* sarebbero state o in *proprietà libera* od in *proprietà vincolata*. Noi adottiamo questa congettura, perchè vale a spiegare molte istituzioni del diritto Romano antico, altrimenti inconcepibili, e perchè trova conferma nelle più notevoli regole del diritto medesimo. Con essa si spiega perchè l'*agnazione* fosse il legame più importante della famiglia romana; perchè il diritto di successione e quello di tutela legittime (specialmente sulle donne) fossero propri degli agnati; perchè l'eredità testamentaria fosse preceduta dalla legittima nell'ordine istorico, e le fosse preferita nell'ordine giuridico; perchè l'intervento dell'autorità fosse necessario a qualunque alienazione in pregiudizio degli agnati, che il *paterfamilias* avesse voluto fare (tanto per durante la sua vita, quanto ancora per dopo la propria morte) del patrimonio familiare, detto *familia*; come *familia* appunto chiamavasi il complesso degli *agnati* (vedi lib. 1, § 11, lett. *b*). Il nome stesso di *res mancipi*, favorisce questo sistema, conciossiachè *res mancipi* significhi *res mancipii*, ossia cose *manucaptæ*, cose prese in guerra per diritto di conquista; obietto di preda (*mancipium*). I Romani, conquistato il territorio sul quale fondarono il loro Stato, tolte ai vinti parte delle loro terre, dei loro bestiami, dei loro schiavi, divisero questo bottino in porzioni probabilmente uguali, delle quali ne fu assegnata una ad ogni famiglia; ogni famiglia ebbe una piccola fattoria con le persone e gli animali necessari a coltivarla; questa prima proprietà territoriale, derivante da assegna e concessione dello Stato, si volle perpetuata nelle famiglie per affezionarle al consorzio politico instaurato; per fissarle con le attrattive della proprietà territoriale e con le sedentarie occupazioni dell'agricoltura, al suolo occupato mercè la recente conquista; per mantenerle sempre, in una condizione agiata ed indipendente; finalmente per dare un assetto stabile e duraturo al governo aristocratico della repubblica. Col decorrere dei tempi questa distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*, distinzione derivata dalla diversa provenienza dei beni che componevano il patrimonio del *paterfamilias*, e che cagionava una limitazione all'alienabilità di parte fra essi, non

lasciò altra traccia nella legislazione all'infuori della necessità giuridica di adoperare determinate forme e solennità nell'acquisto, e nella trasmissione della proprietà di cose, che si chiamavano sempre *mancipi* per abitudine, senza che se ne sapesse dare più una ragione soddisfacente. Perduta l'intelligenza del significato di quelle forme e solennità simboliche, furono in ultimo tolte di mezzo come un inutile impaccio alla libera e spedita commerciabilità dei beni, ed i nomi di *res mancipi* e di *res nec mancipi* vennero cancellati dalla legislazione.

§ 14. Per riguardo alla loro

V. Natura fisica e giuridica

le cose si distinguono principalmente;

1° *In cose mobili, semoventi ed immobili.*

a) *Mobili* (*mobiles*) sono quelle, che possono essere trasferite da un luogo all'altro, senza degradamento nella loro sostanza o nella loro forma, o nella loro integrità economica.

b) *Se-moventi*, (*res moventes*, *sese moventes*) sono quelle che si muovono per forza propria organica ed animale, verbigrazia gli schiavi e gli animali bruti (fr. 93, *Dig. de verb. signif.*, L, 16); ma talora le parole *res moventes*, *moventia* sono adoperate come sinonimi di *res mobiles*.

c) *Immobili* sono quelle cose che non possono essere trasferite da un luogo all'altro assolutamente, o almeno non senza degradamento, o nella sostanza, o nella forma, o nell'integrità economica (*res soli, res immobiles*) vedi fr. 7, § 4, *Dig. de pecul.*, XV, 1; fr. 15, § 2, *de re jud.*, XLII, 1; fr. 1, *pr. Dig. de ædilit. edicto*, XXI, 1, *cost.* 2 *pr.*, *cost.* 3, *Cod. de quadrien. prescript.* VII, 37). Le cose immobili sono tali, o per natura, o per accessione, o per destinazione.

1° *Per natura*, come il suolo e tutto quello che si trova senza opera umana contenuto nel medesimo, p. e., i minerali, le argille, il carbon fossile, le ligniti (*res soli, res quæ sunt soli*) vedi fr. 1 *pr.*, *Dig. de ædilit. edict.*, XXI, 1).

2° *Per accessione*, cioè quelle cose unite ed aggiunte al suolo

in un modo naturale come le piante spontanee, le alluvioni, od in un modo artificiale come i vegetabili nati per coltivazione, gli edifizi od altre costruzioni, e tutto ciò che è incorporato alle cose immobili per natura, in maniera da non esistere senza di quelle (fr. 211, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 13, § 31; fr. 14, 15, 17, 38, § 2; fr. 40, *Dig. de act. emti venditi*, XIX, 1).

3° *Per destinazione* del padre di famiglia, sono immobili quelle cose, che il proprietario ha deciso di porre e tenere unite perpetuamente ad un immobile, in un modo inseparabile senza detrimento, sebbene non sieno materialmente a quello incorporate; come le porte, le persiane, le chiavi ec. (fr. 17 *pr.*, e § 7 e 11; fr. 18, § 1, *Dig. de act. emti et vend.*, XIX, 1, fr. 242, § 2, 4, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Vuolsi ciò non pertanto avvertire, che le pietre i metalli, gli alberi separati dal fondo, così cessano di essere immobili, come cèssano di essere tali gli oggetti dal padre di famiglia destinati a stare uniti ad un fondo, quando ne li ha separati (*ruta et cœsa*). Vedi fr. 241 *de verb. signif.*, L, 16; fr. 17, § 6, *Dig. de act. vend.*, XIX, 1. Ma non influisce sulla natura delle cose, la possibilità di staccarle senza danno, o la destinazione loro ad essere staccate da una cosa immobile, almeno finchè dura l'unione loro con quella, (*Instit.*, § 32, 36, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 44, *de rei vindicat.*, VI, 1). I Romani adoperavano le parole *prœdia, fundus* per indicare una proprietà immobiliare; in antico con quelle parole esprimevano il suolo senza edifizi (GAJO, II, 42). *Locus* indicava una parte del *fundus*: *ager,* il terreno destinato alla cultura; *œdes,* gli edifizi col terreno su cui sono costruiti, e qualche volta gli edifizi senza il terreno; ma allora di preferenza si usava la voce *œdificium. Solum* era il terreno senza gli edifizi (fr. 115, 211, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 21, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7).

2° *Cose divisibili e indivisibili.*

§ 15. Cose *divisibili* sono quelle, che possono essere divise in più parti, ognuna delle quali è un insieme omogeneo, analogo tanto alle altre parti, quanto alla cosa da cui è stata separata, e dalla quale differisce soltanto per la quantità; altrimenti sono *indivisibili* (*Instit.*, § 5, *de off. jud.*, IV, 17; fr. 34, § 15, *Dig. de legat.*, I, (30); fr. 2, § 1, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 9 e 29, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). Un fondo, cioè un terreno senza edifizi, è di-

visibile, un quadro non lo è; alcune cose sono materialmente divisibili, ma non lo sono *economicamente:* vale a dire non possono dividersi senza perdita di valore, come un palazzo, una libreria ec. Allorquando più persone hanno ciascheduna diritto sopra una parte determinata di una cosa (p. e. l'una sull'ala destra, l'altra sull'ala sinistra dello stesso palazzo), si dice che hanno la cosa *pro diviso,* che le loro parti sono *certæ, divisæ* (fr. 25, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 25, *quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 36, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 6, § 1, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4). Se invece nessuna di quelle più persone ha un diritto esclusivo sopra una parte determinata della cosa, ma tutte insieme esercitano il loro diritto sulla totalità della medesima, si dice che hanno la cosa *pro indiviso,* e che le loro parti sono intellettuali, ideali, *indivisæ, incertæ* (fr. 5, *Dig. de stipulat. serv.*, XLV, 3): come quando, esempigrazia, due o più persone avessero comprato in società un podere, e a porzioni uguali. Ciascuna sarebbe proprietaria della sua parte, ma non determinata corporalmente, sibbene di una parte ideale, come la metà, il terzo, il quarto. L'idea della *divisibilità* e *indivisibilità* è applicata ancora ai diritti. I diritti sono *divisibili* quando sia possibile un acquisto ed una perdita parziale dei medesimi (fr. 8, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 5, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 4, *Dig. de usufr. accresc.*, VII, 2; fr. 14 e 25, *Dig. quib. mod. ususfruct.*, VII, 4; fr. 5, § 15, *Dig. commod.*, XIII, 6) e se appartenendo a più persone, possano concepirsi delle parti determinate per ciascuna di esse (fr. 25, § 13, *Dig. fam. hercisc.*, X, 2; fr. 2, § 1, 2, 4, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 11, § 1, 2, *Dig. de duob. reis,* XLV, 2; *cost.* 2, *Cod. si unus ex plur. her.*, VIII, 32). Sono per lo contrario indivisibili i diritti, quando sono unità non frazionabili, cosicchè non si possano acquistare nè perdere se non che per intiero; tali sono le ipoteche e le servitù, se si eccettua l'usufrutto (fr. 19, *Dig. de usu,* VII, 8; fr. 8, § 1; fr. 11, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 28, 31, 32, *de servit. præd. rustic.*, VIII, 3; fr. 16, *quemad. servit. amitt.*, VIII, 6; fr. 72, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 19, *Dig. de pignor.*, XX, 1; *cost.* 6, *Cod. de distr. pignor.*, VIII, 28), e nel caso che più persone ne godano, appartengono a ciascheduna per l'intiero (fr. 17, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr, 28, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 25, § 9, *Dig. fam. hercisc.*, X, 2; fr. 11, § 4, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7; *cost.* 1, 2, *Cod. si un. ex plur. hered.*, VIII, 32.

3° *Cose principali e cose accessorie.*

§ 16. Si dicono *cose principali* quelle che non dipendono nella natura ed esistenza loro, da altre cose. *Accessorie* invece, quelle la cui forma o natura è determinata da altra cosa, o che stanno in relazione di dipendenza e di servigio con lei; verbigrazia, accessorio è l'edifizio di fronte al suolo che lo sostiene e da cui dipende: accessorio è il gallone posto a servigio ornativo di un abito (fr. 242, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 7, *Dig. de acq. rerum. dom.,* XLI, 1; fr. 20, *Dig. de auro et arg. leg.*, XXXIV, 2; fr. 1 e 2, *Dig. de pecul. leg.*, XXXIII, 8; fr. 33, *Dig. de ædil. edict.*, XXI, 1; *Instit.*, § 26, *de rer. divis*, II, 1). I *frutti* che una cosa produce chiamansi anch'essi cose *accessorie,* e sotto questa qualifica vengono pure le *spese* fatte sopra una cosa. In questo senso, accessorio è sinonimo di *causa rei* (fr. 17, § 1, *Dig. dei rei vindic.*, VI, 1; fr. 2, 3, § 1, fr. 8, 38, § 7, 11, *Dig. de usuris*, XXII, 1). *Per frutti* propriamente si intende i prodotti naturali di una cosa; gli alberi, le erbe, ec., sono frutti della terra; frutti dell'albero sono le poma o frutta; la lana, il latte sono frutti degli animali che li producono (*Instit.,* § 37, *de rer. divis.*, II, 1, § 4, *de usu et hab.*, II, 5; fr. 77 e 121, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Si dicono *pendentes* o *stantes* i frutti finchè uniti alla cosa che li ha prodotti; e finchè sono tali non hanno esistenza propria, sono accessori di quella cosa (fr. 43, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1). Appena ne sono divisi o staccati, diconsi *separati*, e dal momento di questa separazione hanno una esistenza loro particolare. Assumono poi il nome di *percepti*, se ne è stato preso possesso dopo la loro separazione (fr. 13, *Dig. quib. modis ususfr.,* VII, 4). I frutti che taluno trascurò di percipere, e che un diligente padre di famiglia avrebbe potuto percipere diconsi *percipiendi* (fr. 62, § 1, *Dig. de rei vind.*, VI, 1). Esistenti (*extantes*) chiamansi quelli, che sono tuttora in mano di chi li raccolse; consumati (*consumti*) quelli che furono di già da lui goduti, od alienati (*Instit.*, § 35, *de rer. divis.,* II, 1; fr. 22, § 2, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; *cost. 22, Cod. de rei vindic.,* III, 32). - In un senso lato, la parola *frutto* comprende ancora l'utile derivante per noi dalla retribuzione con la quale altri ci ricompensa dell'uso della cosa nostra, che gli abbiamo conceduto a titolo correspettivo.

In questo senso sono *frutti*, la pigione che altri ci paga per abitare una casa nostra, o gli interessi che ci sborsa per un capitale datogli a cambio; e questi chiamansi *frutti civili:* (fr. 121, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 34, *Dig. de usuris*, XXII, 1). *Frutti industriali* chiamansi quelli a produrre i quali ha contribuito l'industria umana (fr. 45, *Dig. de usur.*, XXII, 1). Per *spese* (*impensæ*, *expensæ, impendia, sumptus*) si intende in generale tutto ciò che di nostro abbiamo sborsato ed impiegato per una cosa. Le spese si distinguono in *necessarie*, *utili e voluttuose* (ULP., VI, 14, 17; fr. 1, § 1; fr. 5 e 7, *Dig. de imp. in res dot.*, XXV, 1; fr. 79, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). *a*) Sono *necessarie* (*necessariæ*) le spese indispensabili per la conservazione di una cosa, cioè quelle che se non fossero state fatte, la cosa sarebbe perita o deteriorata: *quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit* (fr. 79, *Dig. de verb. signif.*, L, 16), come le spese fatte pel restauro del tetto di una casa, il quale minaccia rovinare. *b*) Sono *utili* (*utiles*) quelle che senza essere di stretta necessità, aumentano il valore intrinseco della cosa o le sue rendite: come le spese fatte per piantare in un terreno prima incolto, viti ed olivi, talchè si possa dire che la cosa *fructuosior* o *pretiosior effecta est.* (fr. 38, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; ULP., *loc. cit.*). *c*) Sono *voluttuose* (*voluptuosæ* o *voluptuariæ*) quelle spese che aumentano non tanto il valore reale della cosa, o le sue rendite, quanto il diletto ed il godimento che essa arreca in conseguenza di questi abbellimenti: come le spese fatte per dorature, pitture ec. (*quæ speciem ornant*). Di regola, *repetibili* e *refettibili* sono soltanto le spese necessarie; ma il ladro non può ripetere neppure queste (*cost.* 5, *Cod. de rei vindic.*, III, 32; fr. 13, *Dig. de condict. furt.*, XIII, 1; *cost.* 1, *Cod. de infant. exposit.*, VIII, 52). Regole generali non possono essere stabilite intorno alla *refettibilità* delle spese utili; *ordinariamente* non è data azione per ripeterle, e chi le ha fatte ha l'*jus retentionis* (vedi *Introduz.*, sez. IV, § 234, lett. *d*), esercibile mediante l'*exceptio doli* (fr. 48, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1). Le spese voluttuose danno soltanto l'*jus tollendi,* vale a dire il diritto di riprendere gli abbellimenti od ornamenti, che, grazie alle medesime, furono fatti; così si potranno riprendere le statue poste in un giardino, i quadri collocati in una casa, e simili. Affinchè possa esercitarsi l'*jus tollendi* devesi verificare il concorso di queste circostanze: *a*) che esso riesca vantag-

gioso a chi lo esercita: quindi non è lecito, p. e., grattare dalle mura della casa altrui una pittura a fresco fattavi condurre con grave dispendio: *b*) che con quello non si leda la sostanza della cosa; laonde non si potranno sradicare gli alberi piantati nell' altrui giardino, comunque siensi sborsate somme ingenti per farveli crescere: *c*) che il proprietario della casa su cui le spese voluttuose furono fatte, non preferisca indennizzare l' autore delle medesime, anzichè lasciargli esercitare l'*jus tollendi* (fr. 38, *Dig. de rei vind.*, VI, 1).

4° *Cose consumabili ed impiegabili.*

§ 17. *Consumabili* sono le cose, che non procurano utilità diretta, se non mediante la loro trasformazione nell' applicarle ai bisogni umani. Tali sono le cose che servono all' alimento. I Romani le chiamano: *res quœ usu consumuntur vel minuuntur*, (fr. 1, 2, *Dig. de usufr. earum rer. quœ usu consum.*, VII, 5; *Instit.*, § 2, *de usufr.*, II, 4); oppure *quœ in abusu continentur* (Ulp., XXIV, 27), e nel fr. 101, *Dig. de legat.*, III, (XXXII) sono dette ancora *res usu consumtibiles*. – *Impiegabili* sono le cose, che hanno un' utilità diretta od un uso, senza essere trasformate, o consumate sensibilmente: come gli oggetti che servono all' abitazione, gli istrumenti, le suppellettili. I Romani le chiamano *res quarum salva substantia, utendi et fruendi potest esse facultas* (Ulp., XXIV, 26).

5° *Genere e specie.*

§ 18. Genere (*genus*) si dicono le cose in quanto si contemplano pei loro caratteri generici, indipendentemente da ciò che le qualifica, come individui: per esempio, il grano, il vino, l'olio, ec. – *Specie* (*species*) è cosa individualmente determinata, considerata nella sua individualità: esempigrazia, la corona di Ungheria, il brillante montagna di luce ec. (fr. 54 *pr.*, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; fr. 30, § 6 e 34, § 5, *Dig. de legatis*, I°, XXX). Una distinzione delle cose che rientra o ricade in quella di genere e specie, è la distinzione di:

6° *Cose fungibili ed infungibili.*

§ 19. Cose *fungibili* sono quelle che possono essere surrogate da altre cose dello stesso genere; quelle cose cioè che nei diversi individui del medesimo genere ne hanno alcuni che possono fare le loro veci, e sodisfare ugualmente ai desiderii ed ai bisogni, (come un sacco di grano, che può avere un esatto surrogato in altro sacco). *Cose infungibili* sono quelle, che fuori della loro individualità non hanno cosa che le rappresenti esattamente, e da cui possano essere surrogate (come la Madonna della Seggiola, di Raffaello). – Questa nomenclatura, *cose fungibili e non fungibili*, non è romana. I Romani invece consideravano le cose *fungibili* come cose che si danno a peso, numero e misura: *quæ pondere, numero mensurave constant* (*Instit. pr., quib. mod. re. contrah. oblig.*, III, 14), e dicevano parlando di queste: *in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie* (fr. 2, § 1, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1), vale a dire cose il cui pagamento può farsi con altre cose del medesimo genere, perchè sodisfano al pagamento nel loro genere più che nella specie. Dal *functionem recipere,* adoperato dal giureconsulto Paolo nel citato frammento, derivò il nome di cose *fungibili.* – La fungibilità ed infungibilità nelle cose è ordinariamente *relativa,* anzichè assoluta. Un libro, p. e., regalatoci dall'autore può per noi essere cosa infungibile, pel pregio che annettiamo alla circostanza che l'autore stesso, nostro amico, ce ne fece un dono: mentre per altri potrebbe essere fungibile, ossia surrogabile, da un altro esemplare della medesima edizione. – Sarebbe un errore grossolano il confondere la fungibilità o infungibilità delle cose con la loro consumabilità, od inconsumabilità; sono idee queste, bene distinte e differenti; pure talora sentiamo dire cosa *fungibile*, per esprimere cosa *consumabile.* Ognuno può riconoscere con quanta improprietà questo si dica, solo che pensi, un istrumento, o una qualche suppellettile (cose *inconsumabili*) potere d'ordinario venire surrogati da altre cose dello stesso genere, e perciò essere cose *fungibili.*

§ 20. Riguardo alla loro:

VI. Composizione o aggregazione

le cose subiscono altre distinzioni. - Una o più cose singole, considerate in sè stesse, e come cose indipendenti e individuali diconsi *res singulæ*, o *singulares* (*Instit.*, § 6, *per quas pers. nob. acquir.*, II, 9; fr. 1, § 3, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1). Queste cose *singulæ* sono *semplici* quando constano di parti omogenee, le quali compongono un corpo solo (*uno spiritu*), un corpo unico: come un uomo, una pietra (fr. 30 *pr.*, *Dig. de usurpat. et usucap.*, XLI, 3.). Sono *complesse* o *composte* (*connexæ*) quando constano di corpi eterogenei legati insieme e fatti aderire artificialmente (*ex contingentibus*), come una nave, un edifizio (cit. fr. 30, XLI, 3). - Una di queste cose così complesse chiamasi talora nelle Fonti *universitas* (fr. 30, *Dig. de acq. vel amitt. posses.*, XLI, 2; fr. 30, *Dig. fam. hercisc.*, X, 2), ma di rado ed impropriamente. Chiamasi dai commentatori *universitas facti*, *rerum distantium*, *università di fatto*, o *università di cose distanti*, un insieme di cosé corporali distinte le une dalle altre (fr. 30, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3) non connesse materialmente (*ex distantibus*), ma dal comune destino legate ed unite con un legame immaginario, che le fa considerare giuridicamente ed economicamente quasi una cosa sola, e fa loro dare un nome solo (*uni nomini subjecta*), come se fossero unite da un legame materiale o di fatto. Tali sono verbigrazia, un gregge (*grex*), una mandra di buoi (*armentum*), o di cavalli (*equitium*), una bottega provvista delle sue merci (*taberna*), una cantina con le sue botti e vasi vinari, un podere coi suoi arnesi ed utensili rusticani (*fundus instructus, cum instrumento*). Nelle nostre Fonti, questo complesso od insieme di cose, chiamasi *rerum universitas*, od anche solamente *universitas* (fr. 70, § 3, *Dig. de usufr. et quemadm.*, VII, 1; fr. 34, *Dig. de ædil. edict.*, XXI, 1). - E tale *universitas* si ritiene giuridicamente come una cosa sola, quando è considerata per l'*uso* che se ne può fare (fr. 31, *Dig. quib. mod. usufr. amitt.*, VII, 4; fr. 10, § 8, *Dig. eod.*), ma nelle questioni di proprietà non così; in queste questioni invece, si considerano gli oggetti che la compongono, separatamente, e come tanti obietti distinti di proprietà (*Instit.*, § 18, *de legatis*, II, 20; fr. 30, § 2, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). -

Si chiama poi, dai commentatori, università di diritto (*universitas juris*), un insieme di cose di specie diversa, così corporali, come incorporali, che giuridicamente sono considerate come una cosa sola, p. e., il peculio, la dote, l'eredità. - Nelle nostre Fonti questa pure si chiama *universitas* (fr. 208, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 20, § 10, *Dig. de heredit. petit.*, V, 3; fr. 3 *pr.*, *Dig. de bon. possess.*, XXXVII, 1; fr. 1; § 1, *Dig. quôr. bonor*, XLIII, 2; *Instit.*, § 6, *per quas pers.*, II, 9).

SEZIONE SECONDA.

DIRITTI PATRIMONIALI.

§ 21. I diritti *patrimoniali*, quelli cioè che hanno per obietto il patrimonio, i beni, le sostanze, furono da noi distinti in:

α) Diritti *patrimoniali reali* e

β) Diritti *patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio.* (vedi *Introduz.*, sez. IV, § 224, lett. *c*). Dicemmo come fra i diritti patrimoniali, possano collocarsi ancora i *diritti di successione ereditaria.* Laonde questa Sezione II, sarà da noi divisa in 3 titoli, il *primo,* dei diritti patrimoniali reali; il *secondo,* dei diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio; il *terzo,* dei diritti di successione ereditaria. [1]

[1] Il Codice nostro tratta dei diritti *personali* (sì di condizione civile, che di famiglia) nel libro I, e dei diritti *patrimoniali* (diritti reali, diritti di obbligazione, diritti di successione ereditaria) negli altri due libri II e III.

Della proprietà e delle *sue modificazioni*, cioè della proprietà e dei *diritti* sulle *cose altrui*, tratta nel libro II. Nel libro III tratta delle successioni e delle obbligazioni, che considera quali mezzi di acquistare e trasmettere la proprietà.

A noi pare che non sia ben fatto tanto il considerare le obbligazioni quali diritti essenziali, e trattare dei diritti reali quali loro conseguenze (come fa il *Domat*), quanto il considerare quali essenziali i diritti reali, e trattare delle obbligazioni quali mezzi di acquistarli, come fa il Codice nostro. Crediamo che sia invece opportuno distinguere recisamente, profondamente i diritti reali da quelli di obbligazione; considerare quei primi, i diritti reali, senza aver riguardo alle obbligazioni che possono servire di mezzi per acquistarli; e considerare queste seconde (le obbligazioni) senza aver riguardo ai diritti reali che possono derivarne. Vero è bene che nel sistema del Codice i diritti reali sorgono immediatamente dalle obbligazioni, e per la sola esistenza dell' obbligazione; ma ciò non pertanto la distinzione che accenniamo anche in questo sistema è possibile, e giova alla chiarezza.

Nelle Istituzioni di Gajo ed in quelle Imperiali, le successioni ereditarie sono,

TITOLO I.

DEI DIRITTI PATRIMONIALI REALI.

§ 22. I diritti patrimoniali reali possono essere definiti come: *diritti che ci spettano direttamente ed immediatamente sopra una cosa corporale, sottoposta al nostro potere giuridico, sia sotto tutti, sia solamente sotto alcuni rapporti*. - Il carattere distintivo dei diritti patrimoniali reali è l'applicazione immediata e diretta del nostro potere giuridico ad una cosa *corporale*. In conseguenza di un diritto emergente da un rapporto obbligatorio, possiamo ottenere una cosa che altri siasi obbligato a darci: ma la cosa è così poco essenziale all'esistenza di quel diritto, che esso esisterebbe quando anche divenisse impossibile di ottenerla. Il vero obietto di un diritto emergente da un rapporto obbligatorio, è il *fatto* di una persona determinata; il vero obietto di un diritto patrimoniale reale, è una *cosa corporale*. I diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio presuppongono necessariamente due persone, una che ha la *facoltà* di esigere che altri *dia*, *faccia* o *presti* una qualche cosa (vale a dire la persona del *creditore*), l'altra che ha l'*obbligo* di dare fare o prestare (vale a dire la persona del *debitore*); i diritti patrimoniali reali al contrario non presuppongono necessariamente se non che una persona: quella che li ha. Essi si applicano e si esercitano direttamente su di una cosa corporale, astrazione fatta da qualunque persona. Quei primi dunque, presuppongono una relazione fra una persona ed una persona; i secondi una relazione fra una persona ed una cosa corporale: quei primi sono diritti ***relativi***, i quali cioè non possono farsi valere che contro la persona obbligata: questi secondi sono diritti ***assoluti***, ossia che si possono far valere contro chiunque.

appunto come nel Codice nostro, classate fra i modi di acquistare la proprietà; per altro ci sembra che questo sia un modo di considerarle incidentale e specioso: modo che nel Codice, il quale considera ancora le obbligazioni sotto lo stesso aspetto, conferisce (vuolsi confessarlo) un'apparenza di semplicità e di regolarità a tutta la classazione. Tuttavolta crediamo, che i diritti di successione ereditaria presupponendo dei diritti reali e dei diritti di obbligazione nei quali si succede, logicamente debbano venire trattati dopo quelle due categorie di diritti; e formando tali diritti di successione essi pure parte del patrimonio, possono venire convenientemente esposti come una terza categoria di diritti patrimoniali; il che appunto vien fatto nel testo alle presenti note.

§ 23. Il modo col quale possiamo giuridicamente agire sopra una cosa corporale, e possiamo disporne, è diverso: e questa diversità è causa di una distinzione fra i diritti patrimoniali reali, distinzione che riposa sull' estensione maggiore o minore del potere giuridico, che abbiamo sulla cosa medesima. - Il potere più assoluto che la legge ci riconosca sopra una cosa corporale, è il *dominio.* Da questo esteso e pieno potere (*plena in re potestas*) che abbiamo sopra una cosa corporale, potere che si manifesta in modi differenti (per esempio con l' uso, col godimento, con la alienazione della medesima), possono essere staccati alcuni elementi, alcune frazioni ed essere eretti in diritti separati e distinti. Esempigrazia il proprietario di un palazzo che ha diritto di usarne e di fruirne, e che può impedire a chiunque quell' uso e quel frutto arbitrario della cosa sua, può invece accordarli a taluno; ciò facendo gli costituisce una servitù di usufrutto. L'esercizio di questo diritto di usufrutto o servitù personale di usufrutto, nel concessionario, è compatibile col dominio nel concedente; se non che tale dominio ha subìto una restrizione, una limitazione: ciò non pertanto seguita ad esistere. Del pari il proprietario di un podere può concedere ad un altro il diritto di goderne nel modo più ampio possibile, purchè senza deteriorarlo anzi migliorandolo, a condizione che gli paghi un' annua corresponsione; quel proprietario che smembra dal suo dominio queste facoltà inerenti al medesimo, e che le erige in diritto separato a favore di chi non è proprietario, gli costituisce per cotal guisa un diritto di enfiteusi. - Costituirebbe un diritto di pegno o di ipoteca, se desse la facoltà ad un suo creditore, qualora non lo pagasse alla scadenza, di vendere la cosa che a lui debitore appartiene, ma che ha obbligato a quel creditore in garanzia del suo credito, e di pagarsi col prezzo retratto dalla vendita. Molti e diversi possono essere gli smembramenti o frazionamenti cui il dominio in modi analoghi ai fin qui accennati, può andare sottoposto; ed è difficile assegnare un limite al numero ed al genere dei medesimi; tutto al più si può dire, che debbono essere tali da non distruggere il dominio. I Romani nell' ultimo stadio del loro diritto, distinguevano quattro specie di qnesti frazionamenti, o diritti frazionari del dominio: 1° le servitù, 2° l' enfiteusi, 3° la superficie, 4° il pegno e l' ipoteca: e li comprendevano sotto il nome comune di ***jura in re aliena,*** o più brevemente di ***jura in re,*** vale a dire

diritti sopra una *cosa corporale altrui,* in conseguenza dei quali si ha una parziale disponibilità giuridica della medesima. Il *dominio* naturalmente non lo classavano fra gli *jura in re aliena*, come quello che comprende la cosa per intiero, e la cosa nostra; lo tenevano dunque separato, e lo chiamavano tecnicamente *dominium.* In conseguenza della considerazione, che il dominio è il più esteso potere giuridico possibile sopra una cosa corporale, e che è un potere che l'abbraccia tutta, sembrava loro che esso si confondesse e si identificasse con la medesima, onde invece di dire: *dominium hujus rei est meum,* solevano dire: *hæc res est mea;* ed il dominio consideravano quale cosa corporale, mentre quali cose incorporali consideravano gli *jura in re aliena* (vedi sopra, § 5, di questo libro II). - Invece di adoperare la odierna locuzione di genere, *diritti patrimoniali reali,* i Romani adoperavano le due espressioni di specie, *jura in re* (*aliena*) e *dominium.* Laonde errerebbe a partito chi credesse poter tradurre quella locuzione propria del linguaggio giuridico dei giureconsulti odierni con la frase *jura in re aliena:* quella prima è più comprensiva, perocchè comprende oltre gli *jura in re,* eziandio il dominio. I *diritti patrimoniali reali* sono dunque cinque: 1° dominio, 2° servitù, 3° enfiteusi, 4° superficie, 5° pegno ed ipoteca.

§ 24. Dalla nozione data dei diritti patrimoniali reali emergono le seguenti regole generali:

a) Che ogni diritto patrimoniale reale consiste nella *disponibilità giuridica* o *totale* o *parziale* di una *cosa corporale,* e si distingue per cotal guisa dalla sola *fisica disponibilità* della medesima, ossia dal possesso di quella; anzi (come dimostreremo) quella giuridica disponibilità può esistere, senza questa disponibilità fisica.

b) Che ogni diritto patrimoniale reale, considerato in sè stesso, è un diritto *assoluto:* vale a dire che la persona cui spetta, lo esercita immediatamente e direttamente sulla cosa corporale, in mano di chiunque essa si trovi, e di fronte a chicchessia.

c) Che ogni diritto patrimoniale reale può essere esercitato con un'azione che colpisca la cosa, cioè con un'*actio in rem,* dalla persona cui quel diritto appartiene, contro chi possieda la cosa e gliela contrasti (*Instit.*, § 1, *de actionibus*, IV, 6; GAJO, IV, 3; fr. 25 *pr.*, *Dig. de obligat. et act.,* XLIV, 7.)

d) Finalmente, che ogni diritto patrimoniale reale deve necessariamente estinguersi, con la distruzione della cosa corporale

che ne è obietto (fr. 8 *pr.*, *Dig. quib. mod. pign. et hypoth. solv.*, XX, 6; fr. 23, *Dig. quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*, VII, 4; fr. 14, *quemad. servit. amitt.*, VIII, 6).

PARTE I.

Del possesso.

§ 25. Innanzi di passare all'esposizione dei diritti patrimoniali reali, e del più importante fra questi, vogliamo dire il dominio, è opportuno trattare della fisica disponibilità che l'uomo può avere sopra una cosa, astrazione fatta dalla considerazione se quella disponibilità fisica, è o no congiunta con la giuridica disponibilità. Chiamasi *possesso* (nel senso più lato e volgare della parola) la *fisica disponibilità di una cosa*. La legge protegge cotal fisica disponibilità, questo *fatto*, o questo *stato di fatto* per due ragioni importanti.[1]

[1] Il Codice definisce il possesso; come la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto che taluno ha per se stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui (art. 685).

Questa definizione è più estesa di quella romana; i Romani infatti distinguevano il *possesso di una cosa corporea*, dal *quasi possesso di un diritto*; e questa definizione abbraccia l'uno e l'altro.

La definizione in discorso è la definizione del *possesso civile*, del possesso, cioè *animo domini*, di quel possesso nel quale la detenzione di una cosa esercitata da sè o per mezzo di un altro, ossia la fisica disponibilità di una cosa, è congiunta con l'*animus rem sibi habendi*, ossia di tenere la cosa per sè; ma il Codice da questo possesso civile in genere, distingue un possesso, che chiama legittimo.

Nell'articolo 686 definisce il possesso *legittimo*, come quello che è *continuo, non interrotto, pacifico, non equivoco*, e *con animo di tenere la cosa come propria*.

Laonde il Codice distingue un possesso civile, che chiama semplicemente *possesso*, dal *possesso legittimo*. Dal possesso *legittimo* e dal possesso *civile* distingue ancora il possesso *in nome altrui*, cioè il possesso di chi ritiene *precariamente* la cosa (art. 2115 e 685). Questo, più che possesso, è *mera detenzione* o *possesso naturale*.

Il *possesso in genere* dà diritto alla *reintegrazione* in caso di *spoglio*; vale a dire, chi è stato violentemente od occultamente *spogliato* del *possesso*, *qualunque esso sia*, di una cosa *mobile* od *immobile*, può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso di venire *reintegrato* nel possesso medesimo (art. 695), ed ottenere di essere reintegrato.

Il *possesso legittimo* dà anche esso diritto alla reintegrazione in caso di spoglio; il che si rileva dall'articolo 695 che parla indistintamente di *qualunque possesso*.

Ma inoltre, se questo *possesso legittimo* è protratto *oltre un anno*, ed è possesso di un *immobile*, o di un *diritto reale*, o di una *universalità di mobili*, diviene *manutenibile*; cioè se il possessore viene molestato, può entro l'anno dalla molestia chiedere la *manutenzione* del possesso medesimo (art. 694).

Il *possesso legittimo* mena all'acquisto dei diritti mediante la prescrizione (art. 2106).

Il possesso legittimo di un *immobile* o di un *diritto reale* sopra un *immobile*, cominciato *in buona fede* in forza di un *titolo* che sia stato debitamente

1° Perchè la legge deve rispettare la volontà dell'uomo, che si è manifestata col prendimento della cosa, e per conseguenza deve mantenere l'uomo, che ha la fisica disponibilità della medesima, nello *statu quo,* finchè non siasi acquistata la certezza giuridica, che quello stato di fatto è illegale, è una violazione degli altrui diritti. Non sarebbe giusto che la legge si ponesse in con-

trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, se è protratto durante 10 anni, porta all'acquisto della proprietà o del diritto reale, mediante la prescrizione *decennale* (art. 2137).

Il possesso legittimo *trentennale,* anche *senza buona fede,* e *senza titolo,* fa acquistare la proprietà di qualunque cosa *capace di essere prescritta* (art. 2135, art. 2120, e 2121).

Quanto alle *cose singole, mobili,* il Codice non ammette *possesso legittimo manutenibile*; ciò resulta dal confronto degli articoli 694 e 695; infatti la *reintegrazione* in caso di spoglio viene accordata dall'articolo 695 a qualunque possessore di cosa *mobile* od *immobile,* ma la *manutenzione* viene accordata soltanto al possessore legittimo di un *immobile,* o di un diritto reale, o di una *universalità di mobili* (art. 694).

D'altronde pei mobili il possesso è segno della proprietà, ed insieme modo di acquistarla; il terzo acquirente di una cosa mobile per sua natura, e di un titolo al portatore, se li ha acquistati *in buona fede,* sebbene li abbia avuti *a non domino,* ne diviene proprietario *subito* (ammenochè non sieno rubati o smarriti, art. 708); non ha bisogno di un possesso protratto lungo tempo per acquistarne la proprietà; di fronte a lui non può dunque concepirsi un possesso legittimo distinto dalla proprietà; di fronte a lui non è possibile un giudizio petitorio distinto dal possessorio.

Abbiamo detto che il Codice ammette un *quasi possesso dei diritti,* sotto il nome di *possesso* e che comprende nella definizione del possesso; ma il Codice stesso tace intorno ai diritti che si possono *legittimamente possedere,* ossia dai quali si può avere il *possesso legittimo.* Rimane dunque a vedere quali sieno.

Il Codice non riconosce un *possesso manutenibile* che per un *immobile* o *per un diritto reale* (art. 694). Esclude per conseguenza implicitamente dal possesso *legittimo manutenibile* i diritti di obbligazione. D'altronde questi diritti di obbligazione non essendo suscettivi di un esercizio ripetuto, che non li estingua, è evidente che non possono essere posseduti; possedere in fatti non si può un diritto che con l'esercizio si estingua. Per uguale motivo non sono suscettive di possesso legittimo le azioni che tendono a recuperare immobili, contemplate dall'articolo 415 del Codice; e non ne è suscettivo il diritto reale di pegno. Fra le servitù reali non ne sono suscettive le così dette servitù *legali,* perchè vere e proprie servitù non sono (se se ne eccettua quella destinata a valersi dell'acqua che *sorge* nel fondo altrui (art. 540, 541); e vere e proprie servitù non sono, conciossiachè non sono un frazionamento della proprietà.

Fra le servitù derivanti dal fatto dell'uomo, non sono suscettive di possesso legittimo le *non apparenti,* perchè non sono suscettive di un possesso *pubblico* e *non equivoco*; e la pubblicità e la non equivocità sono estremi del possesso legittimo (art. 686); neppure le *discontinue,* perchè il possesso legittimo deve essere *continuo* (cit. art. 686); la loro discontinuità le rende *equivoche;* tuttavolta se fossero munite di un titolo ottenuto dal proprietario del fondo su cui si esercitano, questo titolo escluderebbe l'*equivocità,* e supplirebbe alla *discontinuità* del loro esercizio. La servitù della presa di acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile permanente, a qualunque uso sia destinata, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo, o per ruota di giorni o di ore (art. 619).

A corona di queste notizie sul possesso, secondo il sistema del Codice, osserveremo che pel Codice stesso non ha effetto giuridico il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà (art. 690); come pure che non acquista *per prescrizione* chi possiede *in nome altrui* (art. 2115).

tradizione con quella manifestazione dell'umana volontà, con quell'emanazione della personalità, senza la sicnrezza se la relazione che si è stabilita fra l'uomo e la cosa è un diritto, od un arbitrio; sarebbe autorizzare una violazione della umana personalità, il permettere che fosse distrutta o disturbata a libito di chiunque.

2° Perchè la legge deve impedire che i cittadini si facciano ragione da sè; laonde essa deve reprimere qualunque turbativa o spoglio del possesso altrui, finchè questo non è giuridicamente dimostrato illegittimo. Tollerare quello spoglio o quelle turbative, sarebbe autorizzare le violenze, gli arbitrii, e distruggere il più saldo fondamento dell'ordine sociale, sostituendo all'impero del diritto quello della forza.

§ 26. Nella legislazione Romana la protezione, che la legge accorda al possesso, si manifesta in due modi:

a) con la concessione degli interdetti,

b) col riconoscere il possesso, mezzo per acquistare il dominio.

a) Abbenchè il possesso in sè non sia un diritto, ma invece un fatto od uno stato di fatto, e sebbene sieno soltanto i diritti che possono farsi valere e difendersi per mezzo di *azioni,* tuttavia per le ragioni esposte nel paragrafo antecedente, la legge, a proteggere il possessore contro qualunque aggressione arbitraria e stragiudiciale che lo *turbi* nel suo possesso o lo *spogli* del medesimo, gli ha accordato dei mezzi giuridici per fare cessare quelle turbative e così *ritenere* il possesso, o per farsi restituire allo stato anteriore a quello spoglio, e così per *recuperare* il possesso. Ed a Roma il pretore con quest'intendimento accordava delle azioni possessorie che avevano nome di *interdetti possessorii.* Tali azioni possessorie si danno contro chi viola il possesso altrui, o con violenza (*vi*) o clandestinamente (*clam*) o per abuso di fiducia (*precario*). Chi prende possesso della cosa che altri possedeva, o lo prenda con aperta violenza, o clandestinamente, o approfittando di una concessione transitoria ed ultronea, non merita protezione; il possesso che egli ha acquistato violando quello di un altro, è da posporsi al possesso di quel primo; la circostanza, che questo nuovo possessore possiede la cosa, perchè l'ha tolta arbitrariamente al possesso di un altro, è ragione sufficiente per condannarlo a restituirgliela.

b) La legge permette che chi possiede palesemente la cosa

durante un certo tempo, e con certe condizioni, ne acquisti la proprietà. Questo modo di acquisto si chiama *usucapio* (da *usus* e *capio*). Affinchè tale acquisto si verifichi, il possesso oltre ad essere protratto pel tempo fissato dalla legge, deve essere stato cominciato col convincimento di aver diritto di possedere quella cosa, ossia con buona fede (*bona fides*), la quale non sarebbe escogitabile, e per conseguenza non ammissibile, se il possesso non fosse stato cominciato per un *titolo giusto* così, da far credere ragionevolmente a chi l'acquistò, che egli avesse diritto di possedere qual proprietario la cosa di cui prendeva possesso (*justus titulus*).

§ 27. La facoltà di valersi degli interdetti, la possibilità giuridica di acquistare il dominio mediante il possesso: questi due effetti del possesso sono *effetti essenzialmente giuridici;* cosicchè il possesso, sebbene *non sia un diritto*, ma *un fatto*, od uno stato di fatto, può dirsi essere un *fatto avente conseguenze giuridiche*. Cotale doppio carattere del possesso, di essere per *origine* e *per indole* un fatto, di avere *effetti* di diritto, ossia effetti giuridici, fu causa delle diverse qualifiche, che gli vediamo date nelle Fonti del nostro diritto; onde talora si asserisce *rem facti, non juris esse* (fr. 1, § 3, *Dig. de acquirenda vel amittenda possessione*, XLI, 2; fr. 19, *Dig. ex quib. caus. maj.*, IV, 6; fr. 53, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1), e tal altra volta per lo contrario si dice che *non tantum corporis, sed et juris est* (fr. 49, § 1, *de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2; fr. 49 *pr.*, *Dig. eod.*)

CAPITOLO I.

NOZIONE DEL POSSESSO IN SENSO TECNICO.

§ 28. *Possesso* (voce che secondo Labeone deriva da *positio*, fr. 1 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2, e secondo altri da *posse*) nel più volgare e comune significato indica la fisica disponibilità di una cosa; ed in questo senso anche la mera *detenzione* può dirsi possesso; ma in senso tecnico, *possesso* e *detenzione* sono cose diverse. La detenzione è uno degli elementi del possesso, ne è la base ed il fondamento, ma non è il possesso. La detenzione è la fisica disponibilità della cosa; qualora a questa relazione

materiale dell'uomo con una cosa, vada congiunta l'intenzione di agire efficacemente ed esclusivamente sulla medesima, e di averla per propria, la detenzione si trasforma in vero possesso, in possesso giuridico, in possesso nel senso tecnico. Laonde il vero possesso si compone di due elementi, l'uno materiale o corporeo, l'altro morale o psicologico: la *detenzione* (*corpus*) e l'*intenzione* (*animus*).

§ 29. Nel possesso si contiene qualche cosa di fatto, corrispondente al rapporto giuridico nel quale consiste il dominio: anzi il possesso è uno stato di fatto, corrispondente allo stato di diritto che costituisce l'essenza del dominio. Il possessore esercita i poteri, che sono contenuti nel dominio; il proprietario ha diritto di disporre in un modo assoluto ed esclusivo della cosa sua: il possessore vuole e materialmente può fare lo stesso. Il possesso è ancora l'atto esteriore col quale il dominio si manifesta; ma può esistere un possesso senza dominio, come un dominio senza possesso; talchè non si può confondere il possesso col dominio: sono per lo contrario due enti bene distinti (fr. 12, § 1, *Dig. de acquir. vel amitt. possess.*, XLI, 2; fr. 52, *pr. Dig. eod.*). Se il possessore non ha il dominio, può per altro difendere il suo possesso con gli interdetti, ed acquistare sotto certe condizioni il dominio stesso, mediante la usucapione. Se il proprietario non ha il possesso, può per altro pretenderlo, ha il diritto di possedere: *jus possidendi*. È importante distinguere bene questo *jus possidendi* dall'*jus possessionis*.

a) L'*jus possessionis*, è il fatto del possesso, considerato sotto il punto di vista degli effetti giuridici, che produce (fr. 44 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 2, § 38, *Dig. ne quid in loco pubblico*, XLIII, 8; fr. 5, § 1, *Dig. ad leg. Jul. de vi publ.*, XLVIII, 6).

b) L'*jus possidendi* è il diritto di possedere che appartiene al proprietario della cosa, od a colui cui il proprietario ha ceduto il possesso, ma non ad altri. Esemplificando: perfino il ladro ha l'*jus possessionis*, perocchè possa valersi degli interdetti per difendere il suo possesso; ed il proprietario ha l'*jus possidendi*, quand'anche la cosa gli fosse stata sottratta.

CAPITOLO II.

REQUISITI DEL POSSESSO.

§ 30. I requisiti del possesso in senso tecnico, l'abbiamo già fatto presentire, sono due: *corpus e animus*.

a) *Corpus*, cioè il *potere fisico* sulla cosa, la fisica disponibilità della *cosa* medesima, ad *esclusione* di *qualunque altro*.

1° Non tutte le cose indistintamente possono essere possedute. Le cose *extra commercium*, p. e, le cose comuni, le cose sacre, ec. non possono essere possedute come tali; non potendosi avere l'intenzione di possederle come cose nostre, non essendo insomma concepibile per rispetto ad esse l'*animus domini* (fr. 3, § 17, fr. 30, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Un *uomo libero* non può essere posseduto da chi ne conosca lo stato; può per lo contrario essere posseduto da chi lo creda servo (*Instit.*, § 4, *per quas pers. nob. acquir.*, II, 9; fr. 1, § 6; fr. 3, § 13; fr. 23, § 2; fr. 30, § 1; 4, *Dig. de acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2). Le cose corporali soltanto, possono essere possedute: *possideri autem possunt, quæ sunt corporalia* (fr. 3 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), perocchè il possesso essendo la fisica disponibilità di una cosa, esso presupponga necessariamente come substrato una cosa corporale o fisica. Quindi non può essere obietto di possesso un tutto ideale, p. e., una *universitas*, sia questa università *di fatto* (e però composta tutta di cose corporali) o sia una università *di diritto*. Dell'università di fatto si possono possedere le cose corporali che la compongono, e giungere perfino ad usucapirle; ma non si può possedere l'ente astratto, o ideale, università (fr. 30, § 2, *Dig. de usurpat. et usucap.*, XLI, 3).

2° Il possesso, consistendo nella fisica disponibilità di una cosa *ad esclusione di qualunque altro*, facile è intendere che più persone non possono possedere la cosa stessa ciascuno per *l'intiero*: *plures, eamdem rem in solidum possidere non possunt*, essendo contrario alle leggi di natura, che mentre taluno tiene una cosa tutta intiera, un altro pure la tenga; evidentemente a questo si oppone la impenetrabilità della materia (fr. 5, § 15, *Dig. commodati*, XIII, 6; fr. 3, § 5, *Dig. de acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2). Ma può avvenire che più persone abbiano insieme il possesso

della cosa stessa per porzioni intellettuali, p. e. la metà, o il terzo, o il quarto ec. per ciascheduna, che posseggano cioè *pro partibus indivisis*, o *pro indiviso*. Gli interpreti del diritto Romano chiamano questo stato di fatto, *compossessio:* in esso, si osservi bene, la divisione della cosa obietto di compossesso, essendo ideale non si manifesta nell' elemento corporeo del possesso; resulta soltanto dall' *animus* che ciascheduno dei compossessori deve avere: *animus*, diretto ad una parte intellettuale della cosa. Questa parte intellettuale deve essere nell' intenzione di ogni compossessore *determinata: incerta autem pars, neque tradi, neque capi potest, veluti si tibi tradam: quidquid mei juris in fundo est; nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est, potest* (fr. 26, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; concorda il fr. 3, § 2, *Dig. eod.*). La divisione ideale della cosa presuppone un fatto giuridico che l' abbia cagionata, e che abbia *determinato* le parti intellettuali di ciaschedun compossessore. Avvertiremo qui per incidenza essere possibile che più persone posseggano la cosa stessa sotto diversi rapporti, e con effetti differenti; ciò può avvenire, p. e., fra il debitore e il creditore pignoratizio di fronte alla cosa oppignorata: il debitore può possedere *ad usucapionem*, il creditore pignoratizio ad *interdicta*.

3° Suol farsi la questione, se chi possiede una cosa *complessa*, cioè composta di più parti *eterogenee*, ma riunite e congiunte in maniera da fare un tutto, possegga anche le singole parti: p. e. se chi possiede un palazzo, possegga anche una certa pietra incastrata nel medesimo. L' elemento corporeo del possesso si ha ancora sopra tutte le parti di una cosa complessa, quando noi possediamo la cosa complessa medesima; ma non può dirsi lo stesso dell' elemento psicologico. Quando acquistiamo il possesso di una cosa complessa, l' *animus* non si dirige specialmente e separatamente ad ognuna delle sue parti integranti, bensì al tutto insieme: laonde a rigore si possiede questo e non quelle (fr. 23, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 2, § 6, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). Un possesso separato ed esclusivo delle singole parti di una cosa complessa comincia quando esse sono separate dal tutto, come se l' edifizio, o il palazzo rovinasse: il possesso di ogni singola pietra comincerebbe allora; e per cominciare non avrebbe bisogno di un atto volitivo nuovo, nè di un nuovo fatto di apprensione; l' intenzione che avevamo di possedere la cosa complessa, si tra-

sfonderebbe nelle singole parti in cui si è decomposta, e la disponibilità delle medesime l'avremmo come per l'innanzi; se non che sarebbe questo un possesso nuovo, che di comune col precedente sulla cosa complessa avrebbe soltanto il fondamento, ossia il titolo pel quale la possedevamo. Se poi la cosa complessa è stata da noi formata e costrutta con parti integranti, che in precedenza possedevamo isolatamente: allora abbiamo il possesso delle medesime anche dopo la loro connessione e congiunzione, operata per comporre quella prima. Così i materiali che adoperammo per costruire un palazzo, sono da noi singolarmente posseduti ancor quando sono stati ordinati, sovrapposti, e murati; infatti abbiamo per riguardo ad essi i due elementi del possesso: l'elemento corporeo, potendo sempre disporne; l'elemento psicologico, che non è stato distrutto con l'incastrarli in un edifizio (fr. 30, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3).

b) *Animus - Animus possidendi*, vale a dire l'intenzione di avere la cosa per noi, o, come dice Teofilo, l'*animus rem sibi habendi,* l'*animus domini,* è il fatto psicologico che deve congiungersi col fatto corporeo della fisica disponibilità. I sottoposti al potere altrui (*potestas*, *manus*, *mancipium*) non erano capaci di possesso giuridico, perchè l'*animus rem sibi habendi,* l'*animus domini* non potevano averlo, non potendo per legge divenire proprietari di nulla. Acquistando il dominio per la persona dalla quale dipendevano, non potevano avere l'intenzione di acquistare per sè neppure il possesso. Laonde il possesso del figlio di famiglia e del servo, era una mera detenzione (fr. 30, § 3; fr. 49, § 1, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2). Ma in gius Nuovo i figli di famiglia sono capaci di possedere le cose componenti i peculi castrense e quasi castrense, perchè di fronte a questi peculi sono considerati come padri di famiglia; come pure le cose componenti il peculio avventizio, perchè di tal peculio sono proprietari. Non così per riguardo alle cose componenti il peculio profettizio: di questo peculio essendo proprietario il padre. Ed è appunto alludendo a questo peculio, (*peculio* per antonomasia, e nel senso proprio e primitivo della parola) che il giureconsulto Meciano disse: *filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur* (fr. 93, *Dig. de regulis juris,* L, 17). Chi ha la fisica disponibilità di una cosa, ma non ha l'intenzione di averla per sè, veramente *non possiede*, *detiene* (fr. 18 *pr.*, *Dig.*

de acq. poss., XLI, 2; fr. 9, 12 *pr.*; fr. 30, § 6, *Dig. eod.*; fr. 9, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1). A modo di esempio, chi si è fatto prestare una cosa con l'intenzione di servirsene per un uso determinato, non possiede, ma piuttosto detiene: giacchè non ha l'intenzione di avere la cosa come sua, di disporne come se gli appartenesse, non disconosce il proprietario, ed i diritti di lui. Tutto questo può ripetersi di chiunque altro avendo la fisica disponibilità di una cosa, pur tuttavolta sa che essa appartiene ad altri, e riconosce in altri la giuridica disponibilità della medesima, come p. e. dell'usufruttuario, del depositario, del conduttore, ec.

§ 31. Allorquando i due elementi del possesso (*corpus-animus*) concorrono e coesistono, si verifica possesso vero e proprio; possesso che da diritto alla protezione che il pretore accordava per mezzo degli interdetti; la qual protezione imprime al mero fatto del possesso un carattere di diritto, un *quid juris*. Se quella coesistenza e quel concorso mancano, possesso non esiste. Nulladimeno è essenziale cosa notare, che il diritto Romano talvolta attribuisce gli effetti del possesso vero e proprio a delle relazioni fra persone e cose, relazioni che possesso vero e proprio non sono, perchè mancanti dell'uno degli elementi del possesso, cioè dell'*animus rem sibi habendi*; in altri termini, talvolta accorda l'uso degli interdetti a certi *detentori*, che sono tali perchè altri trasferì loro la detenzione della cosa, ma che non sono veri possessori, mancando dell'*animus rem sibi habendi*: ed accorda loro quelli interdetti come se possedessero. Ma siccome sono gli interdetti, che danno al possesso il carattere giuridico, e tutta la sua pratica importanza, così si dice che costoro *posseggono,* che hanno il *possesso*. Il Savigny (il cui originale ed impareggiabile trattato sul possesso, compiliamo in questa esposizione) chiama questo possesso, *possesso derivativo*: possesso dunque che *si fonda sulla traslazione della detenzione della cosa, unita alla facoltà accordata dalla legge di intentare gli interdetti*. Il diritto Romano riconosce siffatto possesso derivativo, tassativamente nei casi seguenti:

1° *Nel pegno*. Il creditore, cui il debitore dà in pegno una cosa per sicurezza del suo credito, *detiene* quella cosa; ed a rigore non si potrebbe dire che *la possiede*, perchè manca dell'*animus rem sibi habendi*: egli non la detiene per sè, ma a nome di

chi gliela ha impegnata: tuttavolta la legge gli accorda gli interdetti, come se realmente possedesse: onde si dice che *possiede,* che ha il possesso (fr. 1, § 15, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2; fr. 16, 33, § 4, *De usurpat.,* XLI, 3, fr. 35, § 1, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7). La ragione per cui la legge accorda al creditore pignoratizio la facoltà di valersi degli interdetti, è facile ad intendersi: per quelli egli può conservare la garanzia che desiderò quando volle il pegno; ed a lui più che al proprietario può importare, che la cosa oppignorata non sia da altri posseduta.

2° *Nell' enfiteusi.* L' enfiteuta, come vedremo, detiene la cosa ed ha gli interdetti: e per questo dicesi che possiede, sebbene non abbia l' *animus rem sibi habendi* (fr. 15, § 1, *Dig. qui satisd. cog.,* II, 8; fr. 25, § 1, *Dig. de usuris*, XXII, 1). La legge gli accorda gli interdetti, perchè a lui pure può importare più che al proprietario, che il possesso della cosa non passi in altri, ricavandone esso enfiteuta presso che tutta l' utilità. Si potrebbe osservare ancora, che l'enfiteuta ed il creditore pignoratizio, essendo in continuo contatto con la cosa che detengono, sono in grado, meglio del proprietario, di difenderla da qualunque usurpazione; attalchè non è strano che ad essi la legge abbia accordato la facoltà di fare quella difesa.

3° *Nel precario.* Supposto che a taluno sia data la fisica disponibilità di una cosa, col patto che debba restituirla ad ogni richiesta del proprietario, cotal detentore ha per legge l' uso degli interdetti (fr. 36, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 4, § 1, *Dig. de precario*, XLIII, 26). La ragione istorica di questa disposizione legislativa, sarà spiegata trattando del precario.

4° *Nel sequestro.* In questa specie anomala di deposito, chi riceve la cosa in sequestro, la può difendere con gli interdetti (fr. 17, § 1, *Dig. depositi,* XVI, 3; fr. 39, *Dig. de acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2). Fuori di questo caso, il deposito non dà al depositario, che la semplice detenzione. Il possesso *derivativo*, del quale abbiamo fin quì parlato, consta di due elementi:

1° La fisica disponibilità della cosa.

2° L' intenzione di usare gli interdetti per difenderla.[1]

[1] Pel Codice Civile italiano, possesso *derivativo* ci sembra che potrebbe dirsi quello *manutenibile*, sebbene manchi nel possessore l' animo di tenere la cosa, o di esercitare il diritto per sè. Laonde non ha possesso *derivativo* sulla cosa oppignorata il creditore pignoratizio, perchè possesso *manutenibile* non

CAPITOLO III.

DEL QUASI POSSESSO.

§ 32. Il possesso, l'abbiamo detto (vedi sopra, § 29), è l'esercizio dei poteri contenuti nel dominio. Quest' idea è stata estesa ad alcuni diritti frazionari del dominio (*jura in re aliena*); e si chiama possessore di un diritto, la persona la quale fa quello che avrebbe la giuridica facoltà di fare se godesse di quel diritto. A parlare esattamente bisogna dire che le cose corporali soltanto possono essere possedute, imperocchè unicamente per queste sia concepibile una fisica disponibilità: ma il possesso di una cosa corporale (ripetiamolo) essendo l'esercizio del dominio su quella, è possibile concepire qualche cosa di simile al possesso, nell' esercizio di un diritto frazionario del dominio. Il possesso vero e proprio presuppone l'assoluta e piena disponibilità fisica di una cosa, ma è concepibile una relazione con una cosa, da cui emerga, se non una fisica disponibilità piena ed intiera, almeno una fisica disponibilità parziale. – Una relazione di siffatto genere chiamasi, per la sua analogia col possesso, *quasi possessio, o possessio juris.* Spieghiamoci con un esempio: se taluno ha acquistato in modo legale il diritto di appoggiare il proprio edifizio sulla parete del vicino, ha acquistato il diritto o la servitù dell' appoggio (*jus* o *servitus oneris ferendi*); ma se tal altro ha appoggiato di fatto l'edifizio proprio a quello del vicino,

esiste quanto alle cose mobili, come abbiamo dimostrato nella prima nota relativa al possesso: e obietto di pegno non possono essere che le cose mobili. Possesso derivativo non ha neppure chi detiene la cosa a *precario*, perchè il *precario romano* è ignoto al Codice nostro (vedi nota al § 440, II volume). Crediamo che pel Codice stesso, l'enfiteuta possa considerarsi, se non come possessore legittimo della cosa enfiteutica, almeno come possessore del suo diritto di enfiteusi, e che perciò possa sperimentare le azioni possessorie per esserne *reintegrato* se spogliato, e per ottenerne la *manutenzione*, se turbato. Ancora l' usufruttuario, come possessore del suo diritto, avrebbe le stesse azioni. Tanto l'enfiteuta, quanto l' usufruttuario, se per riguardo *alla cosa* enfiteutica e fruttuaria non hanno l'animo di tenerla come propria (animo che è uno degli estremi del possesso *legittimo manutenibile*) possiedono il diritto loro respettivo di enfiteusi e di usufrutto come proprio, e perciò hanno il possesso legittimo del diritto stesso; dunque possesso *manutenibile* oltre che *reintegrabile*. Il creditore pignoratizio non ha il possesso del suo diritto, come non lo ha il creditore ipotecario, perchè sono questi diritti che di possesso non sono suscettivi, estinguendosi con l' esercizio. L' unico caso nel quale si potrebbe dubitare relativamente all' esistenza del possesso *derivativo*, di fronte al Codice nostro, è il caso del sequestro. Del resto l' azione possessoria di *reintegrazione* spetta pel Codice nostro a *qualunque possessore* (art. 695).

senza avere preventivamente acquistato il diritto di farlo, costui ha il possesso del diritto di appoggio. E se il fatto dell'appoggio tenne dietro all'acquisto del diritto di appoggiare, esistono insieme diritto di appoggio e possesso di questo diritto. – Da tutto questo si raccoglie che la *quasi possessio* o *juris possessio,* in contrapposto al possesso di una cosa corporea, *possessio corporis*, è lo esercizio di fatto del potere contenuto in un *jus in re*, astrazione fatta dalla considerazione se si ha o no facoltà di esercitarlo (Gajo, IV, 139; *Inst. pr.*, *de interdictis*, IV, 15; fr. 23, § 2, *Dig. ex quib. caus maj.*, IV, 6. fr. 10 *pr.*, *si serv. vind.*, VIII, 5, fr. 3, § 17, *Dig. de vi*, XLIII, 16; fr. 2, § 3, *Dig. de precario*, XLIII, 26; fr. 2, *in f. Dig. commun. præd.*, VIII, 4; fr. 7 *in f.*, *Dig. de itinere*, XLIII, 19). Il quasi possesso è protetto mediante degli interdetti possessorii, e nel concorso di determinate circostanze, l'esercizio continuato del medesimo ha per effetto l'acquisto effettivo del diritto, il potere contenuto nel quale fu esercitato; come appunto l'esercizio del possesso continuato sotto certe condizioni, ha per effetto l'acquisto del dominio. È essenziale all'esistenza del quasi possesso il concorso:

a) dell'intenzione di esercitare il diritto come se ci spettasse (*animus*), e

b) del fatto dell'esercizio (*corpus*). Mancando uno di questi due elementi, manca il quasi possesso (fr. 7, *Dig. de itinere,* XLIII, 19), come manca il possesso corporeo se non concorrono l'*animus* ed il *corpus*.

§ 33. L'idea della *juris possessio* in contrapposto alla *corporis possessio,* non fu in diritto Romano applicata a tutti gli *jura in re*, ma invece soltanto alle *servitù* ed alla *superficie*. Non fu applicata al pegno ed all'ipoteca, perchè l'idea del possesso di un diritto presuppone l'esercizio continuato e ripetuto di quel diritto, esercizio dunque che non estingua il diritto medesimo: ma il diritto di pegno e di ipoteca si esercita con la vendita della cosa oppignorata od ipotecata, vendita che estingue il diritto; esso dunque non è suscettivo di un esercizio continuo e ripetuto, e per conseguenza non suscettivo di quasi possesso. L'enfiteuta poi, lo vedremo, ha il possesso corporeo del fondo, attalchè non vi era bisogno di creare di più una *juris possessio* a suo vantaggio.

§ 34. L'idea del quasi possesso non fu mai in diritto Romano

estesa ai diritti personali, nè ai diritti patrimoniali, emergenti da un rapporto obbligatorio; e se nel testo si trovano le locuzioni: *possessio ingenuitatis* o *libertatis* (fr. 14, *Dig. de probat. etc.*, XXII, 3; fr. 10, 28, *Dig. de lib. causa,* XL, 12), in esse, la voce *possessio* non è adoperata in un significato tecnico. In pratica per altro, si soleva dire che l'esercizio ed il godimento di un qualunque diritto, ne costituisce il quasi possesso (vedi Pothier, *Trattato del possesso*). È questo un erroneo concetto, conciossiachè nessuna analogia interceda fra i diritti personali, i diritti patrimoniali emergenti da un rapporto obbligatorio ed il dominio, attalchè è un assurdo il paragonare l'esercizio di quei diritti all'esercizio dei poteri contenuti nel dominio.

CAPITOLO IV.

DISTINZIONI DEL POSSESSO. [1]

§ 35. La mera disponibilità fisica di una cosa, scompagnata dall'*animus possidendi*, non ha importanza giuridica; la legge la trascura, essa chiamasi (torniamo a dirlo) *detenzione*. Si chiama

[1] Nelle note antecedenti abbiamo detto che il Codice nostro distingue il possesso civile in genere (art. 685) dal possesso legittimo (art. 686) e dalla *detenzione* o *possesso naturale* (art. 2115).

Abbiamo detto che secondo il Codice stesso, il possesso è *legittimo* quando sia *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco*, e *con animo di tenere la cosa come propria* (art. 686) e bisognerebbe aggiungere: *o di esercitare un diritto come a sè spettante.*

È prezzo dell'opera spiegare, sebbene brevemente, questi caratteri del possesso legittimo.

Tale possesso deve essere *continuo,* vale a dire esercitato senza intermittenze innormali; *non interrotto,* cioè non deve avere mai cessato, per cagione di interruzioni *civili* o *naturali;* interruzioni *naturali* sarebbero 1° la *dejezione* del possessore dal fondo senza che durante l'anno avesse cercato di farsi reintegrare nel possesso, 2° la renunzia o abdicazione del possesso per parte del possessore; interruzioni civili sarebbero: 1° le azioni possessorie esercitate dal proprietario contro il possessore, 2° la recognizione per parte del possessore dei diritti di colui contro il quale possiede. Deve essere *pacifico,* vale a dire non cominciato nè seguitato mercè la violenza; la violenza in principio non nuoce quando il possesso continua senza di essa (art. 689). Deve essere *pubblico,* cioè gli atti possessorii debbono venire esercitati *palesemente, non clam*, in modo tale dunque che colui contro il quale si invocano li abbia conosciuti, o almeno li abbia potuti conoscere; la clandestinità in principio non nuoce quando in seguito il possesso continua senza di essa (art. 689.) Deve essere *non equivoco,* ossia bisogna escludere che gli atti di possesso sieno effetto del destino naturale della cosa, la quale sia comune a più o a tutti (vedi Troplong, § 381 *della Prescrizione*) o sieno effetto della tolleranza del proprietario della medesima. Gli atti *meramente facoltativi* (p. e. il passare sopra una via comunale o pubblica) e quelli di *semplice tolleranza* (p. e. il passare sul fondo altrui col permesso del proprietario) dice il Codice all'arti-

per altro ancora possesso naturale, ***naturalis possessio,*** quasi per indicare che non ha effetti civili. Nelle Fonti nostre si trova indicata con le locuzioni: *naturalis possessio*, *naturaliter possidere, corporaliter tenere, tenere, habere, esse in possessione* (fr. 3, § 3, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 49, *Dig. eod.*, fr. 10 e 24, *Dig. eod.*; fr. 9, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 7 *pr.*, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2).

a) Appena a questa detenzione si aggiunge l'***animus rem sibi habendi,*** esiste possesso vero e proprio, possesso *giuridico*; il quale essendo guarentito e difeso dagli interdetti, chiamasi ancora ***possessio ad interdicta,*** e volgarmente ***possesso interdittale.***

colo 688, non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo. L'*equivocità* del possesso è esclusa dalla sua *continuità*, e *non interruzione* dalla sua *pubblicità*, non chè dall'essere *stato pacifico*. Finalmente il possesso legittimo deve essere esercitato *con l'animo di tenere la cosa come propria.* L'avere la fisica disponibilità di una cosa, o l'esercizio di un diritto, senza l'animo di tenere quella cosa e di esercitare quel diritto come propri, non è *veramente* e *propriamente possedere*: è meramente *detenere.* Sono in questa posizione di *detentori*, per esempio il conduttore, il depositario, l'usufruttuario; costoro ritenendo la cosa in nome di altri, più che *possessori* sono *detentori*, ed il Codice dice che *ritengono precariamente* la cosa, o anche che la *possedono in nome altrui* (art. 2115). Ma questo non è un possesso *civile*, bensì soltanto *naturale.* Peraltro il Codice presume sempre che ciascuno possieda *per sè stesso* ed a *titolo di proprietario*, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui (art. 687). E quando siasi cominciato *a possedere in nome altrui*, presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, quando non vi sia prova in contrario (art. 687, capoverso).

Il Codice oltre al distinguere il possesso in *possesso* (*civile*) *possesso legittimo*, e *possesso in nome altrui* ossia *possesso naturale*, distingue ancora il possesso, in *possesso di buona fede*, e *possesso di mala fede.* Dice possessore di *buona fede* chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi (art. 701). Ritiene che la buona fede debba sempre presumersi, e che chi allega la mala fede debba provarla (art. 702) e si contenta che la buona fede abbia esistito al tempo dell'acquisto (art. 702, capoverso).

Questa distinzione del possesso in possesso di buona fede ed in possesso di mala fede, non pare che nel sistema del Codice abbia importanza relativamente alle azioni possessorie di *reintegrazione* e di *manutenzione* (argom. dagli art. 689, 694 e 695), ma ha importanza in materia di acquisto dei frutti della cosa posseduta, e di ritenzione della medesima per causa di miglioramenti fatti sulla medesima (art. 703, 704, 705, 706); importanza massima poi l'ha in materia di prescrizione acquisitiva: la prescrizione *decennale* richiedendo buona fede, e la *trentennale* non esigendola (art. 2135 e 2137).

Il Codice non distingue alla pari del diritto Romano il possesso in possesso *giusto*, e possesso *ingiusto*, perchè nel suo sistema, questa distinzione non ha importanza, come quella che rientra nella distinzione fra *possesso legittimo* o *no.*

Il Codice implicitamente distingue un possesso *finto* da un possesso *vero*; appunto come la legislazione romana; imperocchè all'art. 439 (capoverso) dispone che se il possessore o detentore dopo che gli fu intimata la domanda giudiziale, avrà cessato per fatto proprio di possedere la cosa, è tenuto a ricuperarla per l'attore a sue spese, e non potendo, a risarcirgliene il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore. È il caso, nella *ficta possessio* del diritto Romano, di colui *qui dolo desiit possidere.*

Nelle nostre Fonti è indicato con la sola parola *possessio*, ed allora questa voce è adoperata nel suo significato proprio, quasi ad esprimere il possesso per antonomasia. - Siffatto possesso viene eziandio indicato col verbo *possidere* (fr. 10, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 2; fr. 49, *Dig. eod.;* fr. 3, § 3, *Dig. eod.*).

b) Quando il possesso è cominciato con *buona fede* e con *giusto titolo,* potendo farci acquistare il dominio mediante l'usucapione, e produrre così una conseguenza eminentemente civile, chiamasi *possessio civilis* (fr. 2, § 1, *Dig. pro herede,* XLI, 5). Comunemente dai commentatori si chiama *possessio ad usucapionem,* e nelle nostre Fonti di chi ha questo possesso si dice, che possiede *jure civili,* o *civiliter* (fr. 3, § 15, *Dig. ad exhib.*, X, 4; fr. 26 *pr.*, *Dig. de donat. int. vir. et ux.,* XXIV, 1 ; fr. 24, *de acquir. vel amitt. poss.,* XLI, 2). Ma a cotal possesso si contrappone talvolta, come *non civile* o *naturale,* qualunque altro possesso, vale a dire tanto la mera *detenzione,* quanto ancora il possesso giuridico, ossia interdittale (fr. 1, § 9, *Dig. de vi et vi armata,* XLIII, 16); ed è pure da osservare che la locuzione *civiliter non possidere* ha due significati: ora è adoperata in contrapposto di *civiliter possidere* (vale a dire sta ad esprimere che taluno possiede solamente agli effetti interdittali, non a quelli dell'usucapione); ed ora invece *civiliter non possidere* si usa per esprimere, che si è incapaci assolutamente e generalmente di possesso, così *ad interdicta* come *ad usucapionem*, incapacità derivante dal disposto del diritto civile Romano (fr. 24, *Dig. de acq. poss.,* XLI, 7; fr .38, § 7 e 8; *De verb. obligat.*, XLV, 1). Il possesso giuridico o *ad interdicta*, ed il possesso *ad usucapionem,* stanno fra loro nel rapporto seguente: quest'ultimo produce effetti maggiori di quel primo; chi ha il possesso ad *interdicta,* non per questo ha quello *ad usucapionem;* mentre chi ha il possesso *ad usucapionem* ha ancora gli interdetti possessorii: non già come possessore *ad usucapionem*, ma come possessore giuridico.

§ 36. In conseguenza della ragione per cui taluno possiede una cosa, il possesso si distingue in *giusto* ed *ingiusto.* La locuzione *justa possessio*, nel suo più ampio significato, esprime un possesso cominciato per un titolo ammesso dal gius (fr. 13, § 1, *Dig. de public. in rem actio.,* VI, 2; fr. 7, § 8, *Dig. communi dividundo ,* X, 3). In un significato più limitato, *justa possessio* esprime un possesso cominciato *nec clam, nec vi , nec precario*

(Gajo, IV, 151; *Instit.*, § 4, *de interdictis*, IV, 15; fr. 13, § 13, fr. 53, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 1 *pr.*, § 3 e 9, *Dig. uti possidetis*, XLIII, 17; *cost.* 7 e 11, *Cod. de acq. et retin. poss.*, VII, 32). Questa distinzione di possesso *giusto* ed *ingiusto*, in ambedue i significati ora descritti, ha poca importanza nella teoria del possesso in generale, *in summa possessionis, non multum interest, juste quis an injuste possideat* (fr. 3, § 5, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2): pel possesso in generale quello che importa si è che esista fisica disponibilità (*corpus*) ed intenzione di possedere (*animus*), qualunque d'altronde sia la causa per cui si possiede. - Quella distinzione nel suo significato più ampio, lo vedremo, ha importanza in materia di usucapione, e nel suo significato più ristretto, in materia di interdetti.

§ 37. Dicesi che ha una *bonæ fidei possessio*, chi crede di avere il diritto di possedere la cosa per sè, perchè nessuno ha più diritto di lui di possederla; chi non ha quella credenza, si dice che ha una *malæ fidei possessio* (Gajo, II, 43; *Instit. pr., de usucap.*, II, 6; fr. 109, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Si può avere una *bonæ fidei possessio*, ed avere una *injusta possessio*, come se uno si fosse impadronito di una cosa che credesse appartenergli, ma adoperando la violenza; viceversa si può avere acquistato una *justa possessio*, ma essendo in mala fede (*malæ fidei possessio*), p. e., accettando la donazione di una cosa da persona che si sa averla rubata. - Questa distinzione del possesso, in possesso di buona e di cattiva fede, ha importanza unicamente in materia di acquisto di proprietà, mediante l'usucapione o la percezione dei frutti, non in materia di possesso in sè stesso (*in summa possessionis*).

§ 38. *Ficta possessio* è una finzione della legge, in virtù della quale una persona che non possiede realmente, tuttavia viene considerata come se possedesse. Vedremo in seguito, in quali casi si faccia luogo a questa finzione giuridica.

CAPITOLO V.

ACQUISTO DEL POSSESSO. [1]

(*Dig.*, lib. XLI, tit. 2, *de adquirenda vel amittenda possessione; Cod.*, lib. VII, tit. 32, *de adquirenda et retinenda possessione.*)

§ 39. Il possesso si acquista direttamente da sè, e si può acquistare per mezzo di un rappresentante; prima è da vedere come si acquisti direttamente da sè.

A) ACQUISTO DIRETTO DEL POSSESSO.

§ 40. Il possesso nel senso tecnico consistendo nella fisica disponibilità di una cosa, congiunta all' intenzione di averla per sè, si acquista col concorso di questi due estremi; 1° L' apprensione della cosa (*apprehensio*), 2° l' intenzione di possedere (*animus possidendi*): un fatto fisico ed un fatto psicologico (fr. 3, § 1, *Dig. h. t.*, XLI, 2; fr. 8, 34, *Dig. eod.*).

1° *Apprensione.*

§ 41. È l' atto per cui nasce l' elemento materiale del possesso: è l' atto mediante il quale si acquista la fisica disponibilità della cosa, sottraendola all' altrui disposizione ed uso. - Diversi sono i fatti che costituiscono l' *apprensione*. Il più semplice ed insieme il più naturale, è per i fondi vacui di possessore il per-

[1] Il Codice tace intorno ai modi di acquistare il possesso. I principii romani sull' *apprensione* e sull' *animo* sono senza dubbio applicabili; se non che bisogna considerare che il Codice riconosce una *tradizione* diversa dalla romana, e specialmente una tradizione *non reale* ignota al diritto Romano (vedi la nostra nota sulla *tradizione*). È indubitato che anche pel Codice nostro l' acquisto del possesso può essere fatto personalmente, e per mezzo di un rappresentante.

I principii del diritto Romano, sono pure invocabili relativamente alla perdita del possesso, sulla quale ugualmente il Codice tace.

Dichiara espressamente il Codice che un possessore *qualunque*, violentemente od occultamente spogliato del possesso, può *entro l' anno* dal sofferto spoglio, chiedere la *reintegrazione* nel possesso medesimo della cosa mobile o immobile (art. 695); costui dunque se dentro l' anno esercita l' azione di *reintegrazione*, si considera come se non avesse mai perduto il possesso; e come se il possesso non fosse stato interrotto.

correrli; per le cose mobili, il dar di piglio alle medesime. Ma anderebbe molto lontano dal vero, chi pensasse l'apprensione consistere sempre in un contatto corporeo della persona con le cose, mediante le estremità superiori se mobili, le inferiori se immobili: può infatti benissimo avvenire che quel contatto corporeo esista, e non ostante manchi la fisica disponibilità delle cose: e viceversa è possibile, che senza quel contatto, si abbia tal fisica disponibilità. A mo' di esempio: le onde del mare che tocchiamo con le mani o col remo, comunque in contatto corporeo con la nostra persona, non sono nella nostra fisica disponibilità; un terreno posseduto da altri e che noi percorriamo, ma dal quale saremo forse espulsi appena ci scorgeranno, è in contatto corporeo con noi, ma non è nel nostro potere fisico; e viceversa le cose che abbiamo chiuse nel nostro forziere, del quale teniamo fra le mani la chiave, sono nella nostra fisica disponibilità sebbene non sieno in contatto corporeo con noi; lo stesso si dica delle cose cui siamo tanto vicini da impedirne per parte di altri qual si voglia usurpazione. Egli è per questo che il giureconsulto Paolo ebbe a dire, che per acquistare il possesso non è necessario apprendere la cosa *corpore et tactu*, ma potersi acquistare eziandio *oculis et affectu:* come si acquista trattandosi di quelle cose che pel loro peso e per la loro mole non si possono muovere: verbigrazia volendo acquistare il possesso di colonne o di travi (fr. 1, § 21, *Dig. h. t.,* XLI, 2). Ma affinchè esista apprensione, se non è necessario un contatto corporeo con la cosa, addimandasi almeno, lo ripetiamo, un atto che ci conferisca la fisica disponibilità della medesima, che ci dia la potenza di disporne quando ci piaccia, e che la sottragga all'altrui balìa. Constatata l'indole dell'apprensione, vediamo in quali fatti si verifichi.

§ 42. E prima sono da esaminare i fatti che costituiscono apprensione delle cose mobili.

1) Il modo più semplice e naturale dell'apprensione per le cose mobili, l'abbiamo detto, è il dar di piglio alle medesime, il ghermirle. Ma è ancora apprensione il collocarsi in tal vicinanza alle cose, ed in attitudine o posizione siffatta, da aver la possibilità di disporne quando più ci piaccia, e da escludere chiunque altro dal fare lo stesso. Resulta da questo, che l'animale da noi ferito cacciando, finchè non è stato preso da noi, non è nel nostro possesso, potendosi dare il caso che sebbene ferito, ci

sfugga (*Instit.*, § 13, *de rerum divisione,* II, 1; fr. 5, § 1, *Dig. de adq. rer. dom.,* XLI, 1). Non abbiamo, per mancanza di apprensione, il possesso degli animali selvatici che sono nei nostri parchi, nè dei pesci che sono nei nostri laghi, sibbene di quelli custoditi in gabbie, in vasche, e simili (fr. 3, § 14, 15, *Dig. h. t.,* XLI, 2); non abbiamo il possesso del tesoro sepolto nel nostro fondo, quando ne ignoriamo l'esistenza (fr. 3, § 3; fr. 44, *Dig. h. t.*, XLI, 2; fr. 15, *Dig. ad exhib.,* X, 4). Per la stessa ragione non abbiamo neppure il possesso dei mobili che un inquilino porta nella casa che gli abbiamo affittata; ed in questo caso non abbiamo quel possesso, ancora perchè ci manca l'*animus* di possederli (fr. 30, *pr., Dig. de acq. poss.,* XLI, 2), mentre abbiamo il possesso dei mobili della nostra abitazione (fr. 18, § 2, *Dig. eod.*, XLI, 2).

2) Sebbene manchi contatto corporeo con la cosa, esiste apprensione quando riceviamo dinanzi a noi, ed a nostra esclusiva disposizione per opera del possessore precedente, le cose che vogliamo possedere: come se del denaro è posto a nostra disposizione e portata, da taluno perchè lo prendiamo, senza che altri abbia uguale possibilità di prenderlo (fr. 79, *Dig. de solut.*, XLVI, 3; fr. 2, § 21, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 31, § 1, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5).

3) Esiste del pari apprensione quando apponiamo un custode, che conservi la cosa per noi (fr. 51, *Dig. h. t.,* XLI, 2).

4) Quando riceviamo la cosa altrui nella casa nostra di abitazione, ed anche quando in nostra assenza, ma noi sapendolo, altri ve la porti, sebbene non la consegni a nessuno dei nostri, ed essi non l'abbiano neppure veduta (fr. 18, § 2 *pr.*, *Dig. h. t.,* XLI, 2).

5) Ricevendo le chiavi del magazzino, della cantina o di altro luogo chiuso, ove stanno custoditi gli oggetti che altri vuole consegnarci, purchè le chiavi stesse si ricevano in vicinanza di quei luoghi: *apud horrea,* come dice il fr. 74, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1. Ed in vero, se ci fossero consegnate tali chiavi in lontananza da quei luoghi, il ricevimento delle medesime non ci darebbe subito la facoltà di disporre delle cose, che sotto di esse si custodiscono, ed altri potrebbe prevenirci nell'occuparle fr. 9, § 6, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1; *Instit.*, § 45, *de rerum divisione,* II, 1).

6) Segnando con una nostra marca le travi o consimili materiali da costruzione custoditi all'aperto, che altri vuole consegnarci (fr. 14, § 1, *Dig. de peric. et commod. rei vend.,* XVIII, 6), ma non già apponendo un nostro sigillo o bollo alle botti (fr. 1, § 2, *Dig. eod. tit.,* XVIII, 6): perocchè il segno alle botti si appone per l'unico scopo di distinguerle da altre, ed esse non si custodiscono all'aperto come i materiali da costruzione, ma invece si tengono chiuse nelle cantine; attalchè senza avere le chiavi di quest'ultime, col semplice bollo non si può dire acquistata la fisica disponibilità di quelle prime.

7) Staccando i frutti dalla pianta che li ha prodotti, o i minerali dalla matrice, con la volontà del proprietario (fr. 6, *Dig. de donat.,* XXXIX, 5; fr. 13, *Dig. quib. mod. ususfr.,* VII, 4; fr. 25, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1; fr. 48, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1).

§ 43. Fatti che costituiscono apprensione delle cose immobili, sono:

1° L'ingresso nei fondi con la intenzione di possederli, quando non sieno occupati da altri, ossia quando ne è *vacuo* il possesso: *vacua possessio,* (fr. 3, § 1, *Dig. h. t.,* XLI, 2; fr. 77, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1). Se un altro li possedesse, onde acquistarne noi il possesso, sarebbe giuoco forza prima espellerlo. Basta l'ingresso nel fondo per farcene acquistare il possesso, nè si addimanda che ci facciamo a percorrerlo tutto (fr. 52, § 2, *Dig. h. t.,* XLI, 2; fr. 2, § 1, *Dig. de act. emti vend.,* XIX, 1; *cost.* 2, *Cod. de acq. poss.,* VII, 32).

2° L'accettazione della renunzia del possessore, il quale in *prossimità* (vedi sopra, § 42, n. 5) del fondo, dichiara di abbandonarcene il possesso, additandoci il fondo e la sua estensione (fr. 18, § 2, *Dig. h. t.,* XLI, 2), purchè nessuno ostacolo si frapponga attualmente alla nostra arbitraria disposizione del medesimo.

2° *Intenzione di possedere.*

§ 44. L'intenzione di possedere, è il secondo requisito all'acquisto del possesso. È il fatto psicologico che deve congiungersi al fatto corporeo e materiale dell'apprensione. Le persone che non hanno volontà razionale, non possono acquistare da sè

il possesso, perchè non possono avere l'*animus possidendi;* tali sono i dementi e gli infanti (fr. 1, § 3; fr. 18, § 1, *Dig. h. t.*, XLI, 2), ma l'acquistano per mezzo dei loro curatori e tutori. Costoro acquistando il possesso pei loro sottoposti e pupilli, pongono di proprio i due elementi del possesso (*corpus* ed *animus*): l'ufficio tien luogo per essi di mandato (fr. 1, § 20, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 13, § 1, *Dig. de acq. dom.*, XLI, 1); ancora alle persone giuridiche è possibile acquistare il possesso, per mezzo dei loro rappresentanti, che suppliscono alla impossibilità in cui esse sono di esercitare l'apprensione, ed all'*animus possidendi* che in esse manca (fr. 1, § 22, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). L'infante già grandicello (sebbene non abbia compiuto ancora i 7 anni) sottoposto a tutela, acquista il possesso qualora il tutore interponga la sua *auctoritas*, e così supplisca all'insufficienza dell'intelligenza di lui, che compie personalmente il fatto materiale dell'apprensione (fr. 32, § 2, *Dig. h. t.*, XLI, 2). Ciò fu ammesso per favorire l'infante (*utilitatis causa*); l'infante da se solo non potrebbe avere l'intenzione di acquistare il possesso: il tutore vi supplisce per benigno disposto di legge, in deroga così al principio, che al solo *animus* non può essere supplito. È assai dubbioso se il pupillo *infante* possa acquistare *da sè solo il possesso*. Stando alle Pandette parrebbe che non lo potesse (fr. 1, § 3; fr. 32, § 2, *Dig. h. t.*, XLI, 2), ma una costituzione dell'imperatore Decio, riferita nel Codice, sembra che stabilisca un principio contrario, quando si tratti di un acquisto per mezzo di tradizione (*cost.* 3, *Cod. h. t.*, VII, 32). In questa costituzione pare che si fissi il principio, che la volontà del *tradente estraneo al pupillo* supplisca al difetto di *animus* che è in lui, appunto come *utilitatis causa* fu ammesso (vedi sopra, fr. 32, § 2, *Dig. h. t.*, XLI, 2) che al difetto di *animus* del pupillo può supplire il tutore. L'impubere *maggiore dell'infanzia*, cioè in età da avere intendimento, può acquistare il possesso anche *da sè solo*, (fr. 1, § 3, *Dig. h. t.*, XLI, 2), perchè non è questo un atto col quale possa peggiorare la sua condizione.

§ 45. Per acquistare il possesso non è necessario che l'*apprehensio* e l'*animus possidendi* concorrano nello stesso momento. Egli è per questo, che quando noi abbiamo di già la detenzione di una cosa, e che in seguito a questa fisica disponibilità uniamo l'intenzione di avere la cosa per noi, dall'istante in cui all'ele-

mento psicologico del possesso si congiunge l'elemento corporeo, acquistiamo il possesso. E questo modo di acquisto dicesi allora, verificarsi *solo animo* (fr. 3, § 3, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Cotale principio verissimo in tesi generale, subisce una limitazione quando deteniamo una cosa per nome e conto altrui; allora non possiamo col solo cambiamento della nostra volontà cominciare a possedere la cosa per noi. Affinchè possiamo cominciare a possedere la cosa per noi, esigesi il *consenso* della persona per conto, ed a nome della quale detenevamo la cosa (*Instit.*, § 44, *de rer. divis*, I, 2; fr. 9, § 1 e 2, *Dig. de public. in rem. act.*, VI, 2; fr. 9, § 5, *Dig. de acq. rerum dom.*, XLI, 1; fr. 38, § 1, *in f. Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), oppure che compiamo un *atto esterno che manifesti palesemente ed in modo non ambiguo* il cambiamento della nostrà volontà, altrimenti vale il principio: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (fr. 3, § 18; fr. 6, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 67 *pr.*, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 1, § 24; fr. 12, *in f. Dig. de vi*, XLIII, 16). Esempigrazia, il colono non può con la sola sua intenzione cominciare a possedere come suo il fondo, che gli è dato in colonìa; nè il creditore pignoratizio possedere la cosa, non già a titolo di pegno, ma a titolo diverso. Un atto esterno, che indicherebbe manifestamente il mutato volere del possessore, sarebbe per riguardo ai mobili la sottrazione: come se il depositario si prendesse la cosa e se ne fuggisse. Quanto agli immobili perchè si muti la causa del possesso, è necessario che la persona a nome e per conto della quale altri deteneva, venuta in cognizione *dell'infedeltà del detentore*, non abbia tentato di riporsi in possesso della cosa, od avendolo tentato sia stata respinta, altrimenti vale la regola: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Vuolsi osservare, che questa regola allude ad un cambiamento *arbitrario* di causa di possesso, a vantaggio proprio ed a danno altrui. E di vero, se arbitrario non fosse quel cambiamento di volontà, avrebbe efficacia sebbene non fosse stato manifestato con atti esterni. Suppongasi infatti che l'affittuario di un palazzo ne riceva in legato la proprietà dal padrone: appena l'affittuario ha la notizia di quel legato, comincia a possedere il palazzo, come suo e non più come affittuario; egli dunque muta la causa del suo possesso, e questo mutamento ha effetti giuridici ancorchè con atti esterni non venga manifestato, per la ragione

che non è un mutamento arbitrario (fr. 3, § 20, *Dig. h. t.*, XLI, 2; fr. 33, § 1, *Dig. de usurpat. et usuc.*, XLI, 3; fr. 6, § 3, *Dig. de precario*, XLIII, 26).

§ 46. Poco sopra fu detto, l'apprensione consistere in un atto materiale che dà la fisica disponibilità della cosa ad esclusione di qualunque altro; ma abbiamo soggiunto non essere necessario che quell' atto ci ponga in contatto corporeo con la cosa; ed abbiamo dimostrato che specialmente nei casi in cui altri ci trasmette il possesso degli immobili o dei mobili, il toccare la cosa o il dare di piglio alla medesima, non è assolutamente necessario. Da quest' osservazione molti interpreti del diritto Romano furono indotti ad ammettere una *tradizione simbolica*. *Tradizione simbolica,* dicono essi, esiste quando alcuno ci trasferisce il possesso di una cosa, senza che noi diamo di piglio alla medesima, o vi poniamo il piede; e questa tradizione la chiamano ancora *longa manu,* qualifica che attinsero dal frammento 79, *Dig. de solutionibus,* XLVI, 3, in cui, avvertiamolo, quella espressione non ha significato tecnico. Ma il parlare di tradizione simbolica è un errore; non è un simbolo che in quei casi ci fa acquistare il possesso della cosa; il possesso lo acquistiamo perchè eseguiamo un atto, che se non compie la nostra occupazione sulla cosa, ci dà il potere di occuparla quando più ci piace e ad esclusione di qualunque altro. I danari che ci sono posti dinanzi, a nostra portata ed a nostra disposizione, il fondo che ci viene additato dal possessore, il quale ce lo renunzia stando in prossimità del medesimo, ed indicandocene l'estensione: questi ed i consimili atti, in cui vogliono ravvisare una tradizione *simbolica,* sono atti che ci trasferiscono effettivamente la disponibilità fisica della cosa, e non *simboli* e finzioni. D'altronde parlare di simboli, e supporli in materia tutta di fatto qual è il possesso, è assurda cosa.

B) Acquisto del possesso per mezzo di un rappresentante.

§ 47. Il diritto Romano ammette che si possa acquistare il possesso per mezzo di un rappresentante: principio di massima importanza, dacchè abiliti ad acquistarlo eziandio le persone, che di per sè ne sarebbero incapaci. Ma siffatto acquisto del possesso

per mezzo di un rappresentante si verifica soltanto nel concorso di tre condizioni, che andiamo a dichiarare.

I. È necessario che esista una relazione giuridica fra chi acquista il possesso per altri, e colui pel quale l'acquista; e questa relazione può essere:

a) relazione di autorità e respettiva subiezione domestica (*potestas,* XLI, 2). Il padre di famiglia in antico, poteva continuare per mezzo del servo, o del figlio il possesso acquistato; poi fu ammesso che potesse anche acquistarlo per mezzo di loro (Gajo, II, 87, 89; *Instit.*, § 3, *per quas person. nobis acquir.*, II, 9; fr. 10, § 2, *de acquir. rer. dom.,* XLI, 1; fr. 1, § 5, *Dig. de acq. possess.,* XL, 2). Che il *paterfamilias* potesse acquistare il possesso per mezzo di una persona sottoposta alla sua *potestas* prima fu ammesso per riguardo al servo; ma affinchè il padrone potesse acquistare il possesso per mezzo del servo, bisognava che il padre di famiglia sapesse e volesse che il servo acquistasse per lui (vedi sopra, lib. 1, § 90, pag. 231). Infatti Papiniano nel fr. 44, § 1, *de acq. vel amitt. possess.*, XLI, 2, così si esprime: *dixi....... scientiam domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem;* questa scienza e volontà del padrone non era necessaria per acquistare per mezzo del servo il possesso delle cose che facevano parte, od entravano a fare parte del peculio del servo stesso (*pro peculio*). Per tali cose, ce lo dice Paolo, valeva la presunzione che il padrone accordando al servo un peculio, avesse voluto possedere tutto quello che lo componeva, e lo avrebbe in seguito composto: *quia nostra voluntate intelliguntur possidere, qui ejus peculium habere permiserimus* (fr. 1, § 5, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), presunzione che Papiniano crede fosse stabilita, contro la regola generale, *utilitatis causa:* affinchè cioè i padroni non fossero costretti in ogni istante ad informarsi di tutto ciò che entrava nel peculio del servo, e per qual ragione vi entrava (fr. 44, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Per acquistare il possesso mediante lo schiavo, non bastava avere su di lui la *dominica potestas,* bisognava inoltre *possedere lo schiavo* stesso: perocchè l'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo si fondava sulla regola che il possesso dello schiavo portava seco ancora il possesso di tutte le cose dallo schiavo possedute (fr. 15 e 50, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Il possessore *di buona fede* di un servo altrui, acquistava non solo la proprietà delle cose, ma anche il possesso per

mezzo di questo servo, quando l'acquisto fosse derivato dai beni di lui *possessore bonæ fidei*, (*ex re ejus*) o dal lavoro del servo (*ex operis servi*). L'usufruttuario di un servo, non avendo, come tale, il possesso del medesimo, non avrebbe potuto acquistare il possesso per mezzo di lui: ma pure per non diminuire i vantaggi dell'usufrutto, fu ammesso che il servo acquistasse il possesso anche per l'usufruttuario, purchè si trattasse di acquisti *ex re ejus* (dell'usufruttuario cioè) o *ex operis servi;* appunto come nel caso del possessore di buona fede (*Instit.*, § 4, *in fine per quas pers. nob. acquir.*, II, 9; fr. 1, § 8; fr. 49 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Siccome le persone sottoposte alla *patria potestas*, alla *manus*, al *mancipium* di un *paterfamilias*, non erano nel suo possesso: per mezzo di esse, egli non poteva a rigore di diritto acquistare il possesso. Ma che si potesse acquistare il possesso per mezzo del figlio di famiglia, fu ben presto ammesso, onde procurare il vantaggio del padre; rimase però controverso se si potesse acquistare per mezzo delle persone sottoposte alla *manus* ed al *mancipum* (Gajo, II, § 90). Dopo l'istituzione dei peculi *castrense*, *quasi castrense* ed *avventizio,* il figlio acquista per sè il possesso delle cose che vengono a comporli; acquista pel padre il possesso delle cose che entrano nel peculio profettizio: ed il padre acquista il possesso delle medesime anche a sua insaputa. Si presume che dando al figlio un peculio per trafficare, abbia l'intendimento di acquistare il possesso di ciò che da questo traffico sarà prodotto, o per mezzo di esso acquistato (fr. 1, § 5; fr. 4, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 31, § 3, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3).

b) Una seconda relazione giuridica fra chi acquista il possesso, e la persona per cui l'acquista, relazione giuridica dalla legge ammessa qual causa giusta di rappresentanza, è la relazione di direzione tutelare: la quale, come sopra fu detto, per i tutori e curatori, tien luogo di mandato.

c) L'ultima relazione giuridica causa di rappresentanza è quella di commissione contrattuale. L'acquisto del possesso per mezzo di un mandatario, indipendente dalla *potestas* del mandante, non era ammesso nel più antico diritto Romano: *per extraneam personam nihil adquiri posse* (Gajo, II, 95), perocchè si riteneva che una persona non potesse rappresentarne un'altra. Ma questa regola rigorosa subì delle modificazioni, e fu

ammesso che negli atti propri del diritto delle genti si potesse essere rappresentati da un procuratore; il possesso fu considerato come di diritto delle genti, quindi fu stabilito per ragioni di utilità, *utilitatis causa*, (PAOLO, V, 2, 2) che potesse venire acquistato *per liberam aut extraneam personam* (fr. 53, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1). Una costituzione di Settimio Severo confermò in modo esplicito siffatta deroga ai principii generali (*cost.* 1, *Cod. de acq. poss.*, VII, 32).

II. Condizione all'acquisto del possesso per mezzo di rappresentante si è, che questo rappresentante sia capace di acquistare il possesso (fr. 1, § 9, 10, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), e che *apprenda* la cosa con l'intendimento di fare quell'apprensione, *pel suo rappresentato* (fr. 1, § 9, 10, 19, 20, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2). Se eseguisce quell'apprensione con un intendimento diverso, il rappresentato non acquista il possesso: come se esempigrazia intendesse di acquistarlo per sè, o per un terzo estraneo. Allora l'acquista per sè o pel terzo: salvochè non vi si opponga una relazione giuridica particolare, come la *servitus*. Il servo che apprende una cosa con l'intenzione di acquistarne il possesso per un terzo, che non è il padrone, ma per un *terzo che lo possiede in mala fede*, non acquista quel possesso per sè, perchè *uti servus* non può avere l'*animus domini*: non per la persona che possiede lui in mala fede, perchè costei non può avere l'*animus rem sibi habendi*: non pel vero padrone perchè questi non possedendo il servo, non acquista il possesso delle cose che il servo *apprende* (fr. 1, § 6, *Dig. h. t.*, XLI, 2). *Utilitatis causa*, fu ammesso che il servo fuggitivo acquistasse il possesso pel padrone, quando non si credesse libero (fr. 1, § 14; fr. 50, § 1, *in f. Dig. h. t.*, XLI, 2). Abbiamo detto che se il rappresentante invece di intendere ad acquistare il possesso pel suo principale, ha l'intenzione di acquistare per sè o per un altro, il principale non acquista il possesso. A questa regola generale esiste un'eccezione nel caso della *tradizione:* vale a dire la volontà del rappresentante non può alterare gli effetti dell'intenzione espressa di chi trasferisce il possesso. Ed esemplificando, se chi trasferisce il possesso di una cosa al nostro rappresentante (*tradizione*) intende e vuole trasferirlo a noi, resta assolutamente inefficace il bieco intendimento del rappresentante nostro, che nel ricevere la cosa, vorrebbe riceverla per conto e vantaggio proprio; col ri-

ceverla, acquista il possesso per noi (fr. 13, *Dig. de donationib.*, XXXIX, 5; fr. 37, § 6, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1), onde si può dire, che la volontà di chi consegna la cosa (*tradente*), riaddirizza il bieco intendimento del rappresentante.

III. Condizione all'acquisto del possesso per mezzo di rappresentante, si è che la volontà del rappresentato, ossia del principale, concorra all'acquisto. Il possesso esigendo necessariamente l'*animus rem sibi habendi*, è cosa indispensabile che quest'*animus* esista nel principale, pel quale il possesso si deve acquistare; perocchè il suo rappresentante gli presta soltanto un materiale ministero (*alienæ possessioni præstat ministerium*); questa regola si esprime d'ordinario con le parole: *ignoranti possessio non acquiritur* (fr. 3, § 12; fr. 42, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; Paolo, V, 2, 1; fr. 24, *Dig. de negot. gestis.*, III, 5). Abbiamo esposto i casi di eccezione a siffatta regola, trattando dell'acquisto del possesso per riguardo alle persone giuridiche, ai furiosi, agli infanti, ai figli di famiglia, ed ai servi. Per acquistare il possesso, non è necessario che la volontà del principale sia contemporanea con l'atto materiale di apprensione del rappresentante. Cotale volontà può precederlo e susseguirlo; lo precede nel *mandato*: data la commissione di prendere il possesso di una cosa, sebbene ignoriamo l'istante preciso in cui il nostro rappresentante esercita l'atto di apprensione, il possesso si acquista per noi dal momento dell'apprensione medesima (*Instit.*, § 5, *per quas pers. nob. acquir.*, II, 9; fr. 13 *pr.*, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 42, § 1, *Dig. de acq. poss.* XLI, 2; *cost.* 1, *Cod. eod.*, VII, 32). La volontà del principale sussegue l'apprensione del rappresentante nella *ratifica;* cioè possiamo ratificare un prendimento di possesso già eseguito nel nostro interesse, da persona che non avevamo precedentemente incaricata di prenderlo per noi (fr. 24, *Dig. de negot gestis.*, III, 5).

§ 48. Il quasi possesso, alla pari del possesso, si acquista mediante un *fatto esterno* (*corpus*), congiunto con l'*intenzione* (*animus*) di esercitare il diritto, come se ci spettasse. Nelle servitù personali, e nel diritto di superficie, il *fatto esterno* necessario all'acquisto del quasi possesso, è quello stesso necessario all'acquisto del possesso; perchè questi diritti frazionari del dominio si esercitano mediante la detenzione della cosa sulla quale li abbiamo. Ma nelle servitù reali, l'acquisto e la perdita del pos-

sesso, vanno sottoposti a regole speciali, che non potrebbero essere intese, prima di avere esposto la teorica di quelle servitù; laonde noi ci riserbiamo a parlare dell'acquisto e della perdita del quasi possesso in generale, quando l'ordine prefissoci ne condurrà a trattare delle servitù.

CAPITOLO VI.

PERDITA DEL POSSESSO.

§ 49. Il possesso si può perdere *A*) tanto per causa nostra, *B*) quanto per causa di un altro.

A) Per causa nostra.

§ 50. Finchè i due elementi, che compongono il possesso, vale a dire l'elemento psicologico e l'elemento corporeo, coesistono, noi conserviamo il possesso acquistato: riteniamo ciò che abbiamo preso. E non è necessario a quella conservazione o ritenzione, che per noi si esercitino continuamente atti di fisica disposizione sulla cosa posseduta; nè si addimanda a quell'effetto, che la nostra mente sia continuamente fissa nel pensiero di possedere la cosa per noi. Se per la conservazione del possesso si richiedesse la non interrotta durata dei due elementi del possesso (*animus* e *corpus*), nell'atteggiamento stesso che ebbero nel momento dell'acquisto, conservarlo sarebbe impossibile: noi lo perderemmo in tutti i momenti, p. e., in cui la cosa ci esce dal pensiero; per cotal guisa il possesso non sarebbe istituzione di durata, e di pratica attuabilità. Ma così non procede la bisogna, e per conservarlo basta che non sia surta una fisica impossibilità di disporre della cosa; e che non abbiamo mai avuto l'intenzione di renunziare al possesso della medesima. Cessa il possesso nostro, ossia lo perdiamo, soltanto quando si verifica un evento che faccia cessare o l'animo di possedere, o il fatto del possesso, o l'uno e l'altro insieme (fr. 3, § 6, 13; fr. 17, § 1; fr. 29, fr. 44, § 2, *Dig. de acquir. et amitt. possess.*, XLI, 2). Noi possiamo dunque perdere il possesso:

1° *Corpore* (perdendo la fisica disponibilità della cosa);

2° *Animo* (non volendo più possedere);

3° *Corpore et animo* (*volontariamente* rinunziando alla *fisica disponibilità*).

1° *Corpore,* o *solo corpore.*

§ 51. Perdiamo il possesso, quando è distrutto l'elemento corporeo del medesimo per la cessazione della fisica disponibilità della cosa. Cotal cessazione si verifica:

a) *per le cose mobili,* se per forza maggiore furono sottratte al nostro potere fisico; come se furono gettate in luogo inaccessibile, per esempio in mare o in un fiume profondo, talchè senza mezzi straordinari non possano ripescarsi, od anche se non sappiamo più ove sieno, ma non per effetto di momentanea dimenticanza. Se una cosa fu da noi smarrita per l'abitazione nostra, non ne abbiamo perduto il possesso, perchè possiamo facilmente ritrovarla, ed altri non ce la può portar via: ma se l'abbiamo perduta lungo una strada, ne abbiamo perduto ancora il possesso; per la stessa ragione se abbiamo sepolto una cosa in un podere nostro, comunque non ci ricordiamo subito il luogo ove precisamente la depositammo, essa è sempre nel nostro possesso (fr. 13; fr. 3, § 13; fr. 25; fr. 44, *Dig. h. t.,* XLI, 2). Quando un animale *selvaggio* ci sfugge, e ricupera la sua naturale libertà, o un animale *addomesticato* si sottrae alla nostra custodia, e perde l'abitudine del ritorno, o un animale *domestico* si smarrisce per sempre, ne perdiamo il possesso (fr. 3, § 2; fr. 5 *pr.*, *Dig. de acq. rer. domin.,* XLI, 1; *Instit.*, § 12, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 3, § 13, *Dig. h. t.*, XLI, 2; *Instit.*, § 15, *de rer. divis.*, II, 1). Lo schiavo con la fuga non si sottraeva al possesso del padrone; siccome si riteneva che egli possedesse pel padrone, così si diceva che anche nella fuga possedeva pel padrone medesimo, la propria persona. Il padrone avrebbe perduto il possesso dello schiavo, quando un altro se ne fosse impadronito *animo possidendi*, o quando lo schiavo avesse sostenuto in giudizio che era un uomo libero (fr. 1, § 14; fr. 13 *pr.;* fr. 15 e 50, § 1, *de acq. poss.,* XLI, 2; fr. 15, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Perdesi il possesso di una cosa mobile, eziandio quando altri ce la sottrae *clam*, o ce la rapisce *vi*.

b) *per le cose immobili* si verifica la cessazione del posses-

so, nel possessore di un fondo, se è ritenuto prigioniero nel medesimo, p. e., vi è incatenato, e così non può più disporne a suo beneplacito; o se per timore di futura violenza è obbligato ad abbandonarlo (PAOLO, V, 6, 6; fr. 1, § 47, *Dig. de vi*, XLIII, 16; fr. 33, § 2, *Dig, de usurpat.*, XLI, 3; fr. 9 *pr., Dig. quod metus causa,* IV, 2), o se ne è espulso con violenza (*dejectus*), sebbene l'autore della violenza non ne prenda possesso per sè (fr. 1; § 9; fr. 12; fr. 18 *pr., Dig. de vi,* XLIII, 16; fr. 4, § 22, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Ma per preciso disposto del diritto Romano, non perdiamo il possesso del fondo soltanto perchè altri nella nostra assenza lo ha occupato (fr. 3, § 7, *de acquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2, fr. 3, § 8; fr. 6, § 1; fr. 7; fr. 25, § 2; fr. 46, *Dig. eod.*). Parrebbe a vero dire, che in questo caso essendo cessata la nostra fisica disponibilità del fondo, cessasse il possesso nostro: ma ciò, lo ripetiamo, per espresso disposto del diritto Romano non si verifica. Imperocchè, sebbene sembri che da principio non fosse pacifica la regola (fr. 18, § 3 e 4; fr. 25, § 2, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), pure in seguito fu stabilito, che per la perdita assoluta del possesso di un fondo, si richiede che avendo noi avuto notizia dell'occupazione del medesimo per parte di altri, vi prestiamo la nostra tacita annuenza: o che avendo tentato di riprenderne il possesso ne siamo stati respinti (fr. 1, § 24, *Dig. de vi,* XLIII, 16); ma se però riusciamo in quel tentativo, siamo considerati come se non avessimo mai perduto il possesso (fr. 17, *de vi*, XLIII, 16; fr. 5, § 10, *Dig. de operis novi nunciat.*, XXXIX, 1). Quest'eccezione ai principii generali, per la quale *solo animo* riteniamo il possesso di una cosa immobile, non è irragionevole. Troppo di leggieri si priverebbe il possessore dei vantaggi del possesso degli stabili, se fosse ammessa una regola opposta; dacchè sia malagevole, per chi ne ha molti, vigilare continuamente contro tutte le possibili usurpazioni dei medesimi, e difficile prevenirle: vigilanza e prevenzione facili quanto ai mobili.

c) *tanto per riguardo alle cose mobili, quanto per riguardo alle immobili*, si perde in generale il possesso per la morte del possessore, se l'obietto posseduto, essendo un animale, muore; o se essendo cosa inanimata, è distrutta (fr. 3, § 17; fr. 30, § 3, 4, *Dig. de acq. vel amitt. possess.,* XLI, 2); se essa subisce un cangiamento che renda giuridicamente impossibile il possederla,

come se cessasse dall'essere in commercio (fr. 3, § 17; fr. 30, § 3, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2); se l'obietto cambia natura, e diviene verbigrazia per specificazione, tutt' altro da ciò che era. - In quest' ultimo caso, cessando il rapporto primitivo con la cosa, cessa l' antico possesso, ma può nascerne uno nuovo sull' oggetto specificato ossia sulla nuova specie.

§ 52. Cessa il possesso:

2° *Animo* o *solo animo*

per la distruzione dell' elemento psicologico, ossia quando non vogliamo più possedere; a questo effetto si richiede un atto intenzionale, diametralmente contrario all' *animus possidendi* (fr. 3, § 6, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 17, § 1; fr. 30; § 4; fr. 34 *pr.*, *Dig. eod.*). Non importa che tal' intenzione di non possedere ulteriormente sia esplicitamente manifestata, basta ancora che resulti implicitamente (Gajo, II, 51; *Instit.*, § 7, *de usucap.*, II, 6; fr. 37, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3: *cost.* 4, *Cod. de acq. poss.*, VII, 32). L' abbandono del corpo posseduto per un tempo lungo, senza un ragionevole motivo, fa presumere l' animo di lasciarne il possesso (fr. 37, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3), quando quell' abbandono non fosse conciliabile con l'intenzione di seguitare a possedere; per esempio il lasciare i fondi nell' epoca in cui non vi è opportunità di coltura, e di custodia o di percezione di frutti, cioè l' abbandonare i pascoli di estate (*saltus æstivi*) nell' inverno, e i pascoli di inverno (*saltus hiberni*) nell' estate (fr. 44, § 2; fr. 45; fr. 46, *Dig. h. t.*, XLI, 2), non dimostrerebbe l' animo di abbandonare il possesso; come non lo dimostrerebbe il lasciarli per timore di incursioni nemiche (*cost.* 4, *Cod. h. t.*, VII, 32). Le persone prive di volontà razionale, non possono perdere il possesso con un atto intenzionale, cioè con una volontaria distruzione dell' elemento psicologico (fr. 27, 29, *Dig. h. t.*, XLI, 2). Gli impuberi sebbene non assolutamente privi di volontà razionale tuttavia non possono perdere il possesso *animo*: perchè la risoluzione di non più possedere, è un atto che cagiona deterioramento nelle condizioni patrimoniali; laonde non può essere fatto da loro, senza l' interposizione dell' *auctoritas* tutoria (cit. fr. 29, XLI, 2). Potrebbe qui domandarsi, se la persona che improvvisamente va sottoposta ad un' alienazione mentale, non potendo

più avere l'*animus rem sibi habendi*, perda il possesso. - Vuolsi rispondere negativamente; il pazzo non può formare la risoluzione di non più possedere; d'altronde può guarire, e può quindi riprodurre a suo arbitrio l'atto volitivo necessario alla conservazione del possesso, dunque non perde il possesso, come appunto non lo perde il dormiente (fr. 27, *Dig. h. t.*, XLI, 2).

§ 53. Cessa il possesso:

3° *Corpore et animo*

cioè con l'intenzione, ed insieme col fatto:

a) quando il possessore *consegna* ad altri il corpo posseduto, affinchè quest'ultimo lo possegga come suo: *si vacuam tradit possessionem* (fr. 18, § 2, *h. t.*, XLI, 2);

b) quando taluno abbandona la cosa, con animo di non averla più per sua (*derelictio*);

c) quando taluno, che possedeva la cosa per conto proprio, conviene con un altro che possederà per conto di esso, come rappresentante di lui, e non più per conto proprio: convenzione che gli scrittori chiamano *constitutum possessorium*.

§ 54. Perdesi il possesso oltrechè per causa nostra, eziandio:

B) PER CAUSA DI UN ALTRO.

E questi, che è causa della perdita del possesso nostro, può essere α) il nostro rappresentante, β) un estraneo.

α) *Il nostro rappresentante ci fa perdere il possesso,* quando manifesta l'intenzione di cominciare a possedere la cosa per conto suo: e palesa questo mutamento di volontà con un atto esterno, dal quale in modo indubitabile resulti che tale rappresentante ci vuole impedire la fisica disponibilità della cosa (fr. 3, § 18, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2; fr. 1, § 2, fr. 67 *pr.*, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; fr. 25, § 2; fr. 46, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 12; fr. 18 *pr.*, *Dig. de vi*, XLIII, 16). - Quest'atto esterno, riguardo ai mobili è la *contrectatio:* come se il depositario di una cosa nostra se ne fuggisse con quella; riguardo agli immobili, quell'atto è l'espulsione nostra (*dejectio*). *Il mero cangiamento di volontà* del nostro rappresentante, non manifestato in alcuna guisa, non basta per farci perdere il possesso, quand'anche egli avesse il fermo proposito interiore di cominciare a possedere la

cosa per sè. Si perde il possesso di una cosa mobile a cagione del nostro rappresentante, quando egli l'aliena, e la trasferisce ad altri (fr. 33, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; *cost.* 1, 7, *Cod. de usucap. pro emptore*, VII, 26; *cost.* 5, *Cod. de acq. poss.*, VII, 32). *Non perdiamo* il possesso per la morte o per la demenza del nostro rappresentante, purchè si conservi sempre l'*animus possidendi*; e l'impossibilità nostra di esercitare atti di fisica disponibilità non sia constatata (fr. 3; fr. 8; fr. 25, § 1, *Dig. de acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2; fr. 31, § 3, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). - Era questione in antico fra i giureconsulti, se l'abbandono della cosa immobile per parte del rappresentante, ne facesse perdere il possesso al principale (fr. 3, § 8; fr. 46, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2), specialmente quando l'avesse abbandonata per trasferirne ad altri il possesso ad insaputa del principale (fr. 3, § 6, 9; fr. 40, § 1; fr. 44, § 2, *Dig. de acq. et amitt. possess.*, XLI, 2); ma in gius Nuovo, Giustiniano ha fissato la regola: che a nostra insaputa non perdiamo mai il possesso degli immobili per infedeltà del nostro rappresentante; e che conserviamo invece quel possesso, finchè un atto esterno non ne constati la perdita (*cost.* 12, *Cod. de acquir. et retin. poss.*, VII, 32);

β) *un estraneo ci fa perdere il possesso*, quando si impadronisce della cosa che possedevamo, spogliandocene. - Importa osservare, che se un terzo espelle noi dal fondo, ma il nostro rappresentante, nonostante la turbativa, riesce a mantenervisi: conserviamo il possesso del fondo per mezzo del rappresentante (fr. 9, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 1, § 45, *Dig. de vi*, XLIII, 16); al contrario l'espulsione dal fondo del nostro rappresentante per opera del terzo, avvenuta anche a nostra insaputa, ci fa perdere il possesso del fondo medesimo (fr. 1, § 22. *Dig. de vi*, XLIII, 16). Ciò si spiega agevolmente riflettendo, che nel nostro rappresentante risiede l'elemento corporeo del possesso (*corpus*), in noi l'elemento psicologico (*animus*); or bene, tuttochè noi siamo espulsi, quando il nostro rappresentante non lo è, il nostro possesso persiste sempre nei suoi due elementi: nell'*animus*, che noi conserviamo: e nel *corpus*, che il rappresentante nostro mantiene. Allorquando invece, è espulso il nostro rappresentante, tutto chè noi non siamo stati espulsi, al possesso nostro è venuto a mancare l'elemento corporeo (*corpus*), perchè il rappresentante nostro (in cui quell'elemento risiede) lo ha per-

duto in seguito della *dejectio* di cui è stato passivo; onde mancando uno degli elementi essenziali del possesso, il medesimo è per noi perduto.

CAPITOLO VII.

AZIONI POSSESSORIE. [1]

§ 55. Diconsi *azioni possessorie*, quelle che hanno per iscopo di tutelare il possesso. Le azioni possessorie valgono a tutelare il *possesso giuridico*, sia esso *originario* o *derivativo*, ma non già la nuda detenzione. Per godere di tali azioni non è d'ostacolo l'ingiustizia dell'origine del possesso; ma l'*injusta possessio*

[1] Il Codice riconosce un'azione possessoria intesa a recuperare il possesso o di *reintegrazione:* ed un'azione possessoria intesa a mantenerlo non turbato, o di *manutenzione* (*recuperandæ possessionis* l'una, *retinendæ possessionis* l'altra).

A) L'azione possessoria di *reintegrazione* (art. 695) deriva evidentemente dal così detto *remedium spolii* del diritto Canonico, e dalla *réintegrande* del diritto Francese, che l'attinse dal diritto Canonico. Quest'azione possessoria ha qualche analogia con l'interdetto *unde vi*, del diritto Romano.

Essa può essere sperimentata da *qualunque possessore*, sia la cosa posseduta *mobile* o *immobile*. Così il Codice nostro ha posto fine alla questione che sulle cose che danno occasione all'azione *réintegrande*, fanno gli interpreti del Codice francese.

Pel Codice nostro la *reintegrazione* deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro *qualsivoglia persona*, fosse anche il *proprietario* delle cose di cui si è patito lo spoglio (art. 696).

Quest'azione è esperibile solo *dentro l'anno* dal sofferto spoglio (art. 695).

La reintegrazione nel possesso, in caso di spoglio, non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie da parte di qualunque legittimo possessore (art. 697).

B) L'azione possessoria di *manutenzione* (art. 694) nel Codice nostro deriva dalla *complainte* del diritto Francese, la quale è da credere che, più che da una *legge Salica*, derivasse dagli interdetti romani *uti possidetis* e *utrubi*, fra i quali è noto che nel diritto Giustinianeo non havvi più differenza.

Ma l'azione di *manutenzione* del Codice nostro ha un elemento assolutamente francese, preso ad imprestito dalla *réintegrande*, ed estraneo al diritto Romano, cioè il *possesso annale*.

Ed in vero pel Codice nostro può intentare l'azione possessoria di manutenzione, soltanto chi trovandosi da *oltre un anno* (almeno *un anno* ed *un giorno*) nel *possesso legittimo* di un *immobile*, o di un *diritto reale*, o di una *universalità di mobili*, viene in tale possesso *molestato* (art. 694).

Quest'azione può essere intentata solo: 1° da chi è *possessore legittimo;* non dal *detentore*, nè dal *semplice possessore;* 2° da chi è possessore di un *immobile*, di *un diritto reale*, o di una *universalità di mobili;* non dal possessore di una o più singole cose mobili, per le quali (come diremmo nelle note antecedenti) non vi è *possesso legittimo* che abbia effetti giuridici possessorii importanti, se ne eccettui la *reintegrazione* nel caso di spoglio. 3° Di più, solo dal possessore *di un anno e un giorno* almeno (da oltre un anno).

Per altro crediamo che in forza dell'articolo 693 il successore a titolo universale potrebbe far valere il possesso del suo autore, ed il successore a ti-

non è protetta nell'attual possessore, contro la persona a pregiudizio della quale l'acquistò *vi, clam, precario*. Al possesso possono venire opposte due maniere di impedimenti cioè:

a) o tali, che privino affatto il possessore della fisica disponibilità della cosa, consumando a carico suo uno *spoglio;*

b) o tali, che lo turbino nella fisica disponibilità stessa, che consistano insomma in *turbative* del suo possesso. Il pretore creò due categorie di interdetti per respingere quelle due maniere diverse di impedimenti all'esercizio del possesso, vale a dire:

1° Gli interdetti *retinendæ possessionis,* intesi a conservare il possesso *turbato*, ed a mantenerlo pacifico.

2° Gli interdetti *recuperandæ possessionis,* intesi a fare recuperare il possesso a chi ne fu *spogliato.* - Non è nostro intendimento di spiegare perchè le azioni possessorie si chiamassero *interdetti possessorii,* nè di indicare in quali circostanze oltre che nei casi di possesso, si dessero dal pretore degli interdetti; di quante sorta fossero, quali effetti producessero ed in che differissero dalle azioni. - La esposizione di tutto questo appartiene al trattato delle azioni e della procedura. Noi dobbiamo limitarci a dire degli interdetti possessorii; cioè di quelli *recuperandæ et retinendæ possessio-*

tolo particolare potrebbe pure unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti (*accessio possessionis*).

Per intentare l'azione possessoria della *manutenzione*, bisogna pel Codice nostro essere *possessore legittimo;* dunque avere un possesso continuo, non interrotto, pacifico, pubblico e non equivoco, e con animo di tenere la cosa come propria (vedi la nota antecedente su questi caratteri); per conseguenza non possedere *nec vi, nec clam, nec precario*.

Il *possessore legittimo* che non ha posseduto da oltre un anno, se è *spogliato*, può agire alla pari di qualunque possessore con l'azione della *reintegrazione;* ma se è *molestato,* pare a noi, che pel Codice nostro rimanga indifeso; perchè l'azione di *manutenzione* non può intentarsi che dal possessore *da oltre un anno* (art. 694).

Il possessore attuale, che provi di aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario. — Così l'articolo 691 del Codice nostro. — Sembra dunque che non importi provare di avere posseduto *continuamente* da oltre un anno, per intentare l'azione di manutenzione; ma che basti di provare che da oltre un anno si cominciò a possedere, e che si possiede attualmente; starà alla parte contraria a provare che il possesso annale non fu continuo o fu interrotto.

Per altro il possesso attuale non fa presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo; nel qual caso si presume avere egli posseduto dalla data del suo titolo, se non è provato il contrario (art. 692). Appena occorre avvertire che nelle *questioni possessorie* questo titolo non potrà venire invocato che per *colorire il possesso*, non per dimostrare di *aver diritto di possedere*.

Pel nostro Codice, in tutte le questioni di possesso in materia di servitù la pratica dell'anno antecedente, e quando si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, quella dell'ultimo godimento, determina i diritti tanto di chi ne gode, quanto di chi la deve, e di ogni altro interessato (art. 700). Vedi sulle azioni possessorie in materia di servitù la nota al § 25, lib. II, vol. I.

nis; gli interdetti *adipiscendæ possessionis*, impropriamente si chiamano *interdetti possessorii*, conciossiachè non abbiano il loro fondamento nella tutela di un possesso esistente, e sieno invece un mezzo per acquistare un possesso che manca; di questi interdetti *adipiscendæ possessionis*, sarebbe dunque una incongruenza il parlare adesso, che ci occupiamo soltanto dei mezzi di difendere il possesso attuale. - E fra gli interdetti possessorii ora diremo di quelli che tutelano il possesso corporeo; degli altri intesi alla protezione del quasi possesso, è luogo molto più acconcio per discorrere, il trattato della servitù e della superficie.

§ 56. È una congettura assai probabile del Niebuhr, abbracciata e difesa dal Savigny, che gli interdetti possessorii fossero introdotti nel diritto Romano dal Pretore per occasione della *possessio* dell'*ager publicus*. L'*ager publicus* non essendo una proprietà privata, non potevano i possessori del medesimo, invocare a difesa della loro *possessio* i mezzi giuridici valevoli a proteggere il dominio, ossia le *azioni petitorie:* ma il Pretore riconoscendo giusto tutelare chi aveva speso tempo, fatiche, capitali, per ridurre a cultura quelle parti dell'*ager publicus* occupate, accordò ai possessori delle medesime delle azioni possessorie, ossia degli *interdetti possessorii.* Allorquando tutto l'*ager publicus* divenne proprietà privata, il possesso si era già mutato in una istituzione con quel carattere di generalità che gli troviamo nel diritto Giustinianeo; ma anche in diritto Nuovo traccie non leggiere della sua origine, rimangono: esempigrazia l'importanza degli interdetti possessorii accordati per gli immobili, il carattere di possessore riconosciuto nell'enfiteuta, le regole in materia di *precario,* ed ancora altre traccie di minor rilievo, che saranno per noi avvertite in progresso.

A) Interdetti *retinendæ possessionis*.

Dig., lib. XLIII, tit. 17, *uti possidetis;* lib. XLIII, tit. 31 *utrubi; Cod.,* lib. VIII, tit. 6, *uti possidetis.*

§ 57. Chi vuol valersi degli interdetti *retinendæ possessionis* deve provare:

a) che possiede (*Instit.*, § 5, *de interdictis,* IV, 15; fr. 3, § 8, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 9, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1).

b) che il reo convenuto con delle vie di fatto ha turbato il suo possesso, o che lo turba (fr. 3, § 2, 3, 4, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 1, § 1, *Dig. utrubi*, XLIII, 31; fr. 52, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 12, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 11, *Dig. de vi*, XLIII, 16). Quando l'attore possiede, poco importa che possegga giustamente o no, purchè possegga giustamente di fronte a colui, che l'ha turbato nel possesso (*Instit.*, § 4 *de interdictis*, IV, 15; fr. 24, *Dig.*, *de rei vindicat.*, VI, 6). Se il reo convenuto avesse fatto perdere il possesso all'attore, questi, non già gli interdetti *retinendæ possessionis*, sibbene quelli *recuperandæ possessionis* dovrebbe intentare (fr. 1, § 4, 6, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 1, § 1, *Dig. utrubi*, XLIII, 31). - Degli interdetti *retinendæ possessionis* può valersi solamente la persona che ha sofferto le turbative: e possono essere intentati solamente contro l'autore delle medesime (*Instit.*, § 7, *de interd.*, IV, 15; fr. 1, § 1, *Dig. de vi*, XLIII, 16; *cost.* 4, *Cod. unde vi*, VIII, 4; *Instit.*, § 1, *de act.*, IV, 6; fr. 7, *Dig. de vi*, XLIII, 16; fr. 1, 2, 3, *Dig. uti possidetis*, XLIII, 17). - Lo scopo di questi interdetti è innanzi tratto di ottenere, che sia posto un termine alle turbative arrecate all'esercizio del possesso, poi di ottenere una indennità pel nocumento risentito in conseguenza delle medesime (fr. 1 *pr.*, § 4, fr. 3, § 11, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17). È in facoltà del giudice di ordinare quei provvedimenti, che egli reputa opportuni ad impedire qualsivoglia turbativa ulteriore: per esempio l'imporre al reo convenuto che presti al vincitore una *cautio de non amplius turbando* (fr. 1 *pr.*, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; *cost. un.*, *Cod. uti possid.*, VIII, 6). - Le eccezioni con le quali il reo convenuto può difendersi, sono diverse. - Ed in *primo luogo*, egli può opporre che è scorso *un anno* dal momento della turbativa; ciò dimostrato, il reo convenuto è esonerato dall'obbligo di indennizzare l'attore; nonostante per lo spazio di 30 anni, il reo convenuto può essere obbligato a restituire tutto quello, di che, pel suo fatto illegale, si trova locupletato nel momento in cui è convenuto (fr. 1, *pr. Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 4, *Dig. de interdictis*, XLIII, 1). In *secondo luogo*, può il reo convenuto in via di eccezione sostenere, che il possesso dell'attore è vizioso di fronte a lui: cioè che se l'attore possiede, ciò dipende dall'avere privato *vi*, *clam*, o *precario* lui reo convenuto del possesso. - Provata quest'eccezione, le domande dell'attore vengono

respinte, e di più egli è condannato a restituire la cosa al reo convenuto (Gajo, IV, 160; *Instit*, § 7, *de interdictis*, IV, 15; fr. 2 *pr.*, *de interd.*, XLIII, 1; fr. 3 *pr.*, § 1, *Dig. uti possid.*, LXIII, 17). – Di qui deriva che gli interdetti *retinendæ possessionis* sono chiamati giudizi doppi (*judicia duplicia*); infatti due giudizi insieme, realmente si agitano dinanzi al magistrato. Il reo convenuto opponendo all' attore (che pretende di essere stato turbato nel suo possesso, e che così promuove un *primo giudizio*), opponendo all' attore, ripetiamolo, che se egli attore possiede, ciò dipende dall' avere spogliato lui reo convenuto del possesso: promuove un secondo giudizio; con questa eccezione il reo convenuto alla sua volta si fa attore, in un secondo giudizio *recuperandæ possessionis*. – Il reo convenuto dovrebbe soccombere nel primo di questi giudizi, perchè ha turbato l' attore; ma siccome dovrebbe trionfare nel secondo, perchè se l' attore possiede, possiede in conseguenza dello spoglio che ha consumato a danno di lui reo convenuto, perciò per abbreviare la procedura, le due questioni si esaminano insieme, ed ha luogo un giudizio doppio, nel quale le parti litiganti hanno ciascuna il doppio carattere di attore e di reo convenuto. Ambedue si considerano come possibili possessori: ma il possesso viene riconosciuto in colui che l' ha attualmente, qualora non sia vizioso nella sua origine; altrimenti nella parte avversa (Gajo, IV, 160; fr. 3, § 1, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17). – Due erano gli interdetti *retinendæ possessionis;*

a) uno per gli immobili, chiamato *uti possidetis*.

b) l' altro pei mobili chiamato *utrubi;* nomi l' uno e l' altro derivanti dalle prime parole dell' Editto, nel luogo ad essi relativo (fr. 1 *pr.*, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17, *fr. un. pr.*, *Dig. utrubi*, XLIII, 31). – Differivano in questo, che nell' interdetto *uti possidetis* (quello per gli immobili) vinceva la persona, che nel momento in cui l' interdetto era intentato, possedeva *nec vi*, *nec clam, nec precario* di fronte al proprio avversario. – Nell' interdetto *utrubi* (quello pei mobili) per lo contrario, la vittoria era attribuita a colui, non già che possedeva attualmente, ma che aveva posseduto di fronte al proprio avversario *per più lungo tempo nell' anno* precedente all' interdetto, e posseduto di fronte a lui *nec vi, nec clam nec precario* (*fr. un. pr.*, *Dig. utrubi,* XLIII, 31; Gajo, IV, 150; 152; Paolo, V, 6, 1; *Vat. fragm.*, 293; *Instit.*,

§ 4, *de interdictis*, IV, 15). Si intendeva che avesse posseduto per la maggior parte dell'anno chi avesse posseduto p. e. per due mesi, se l'avversario avesse posseduto per meno di due mesi, o non avesse posseduto affatto in quell'anno (fr. 156, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Nell'interdetto *utrubi*, per calcolare il tempo durante il quale le parti avevano respettivamente posseduto, si riuniva al loro possesso anche quello dei loro autori (*accessio possessionis*); vedi GAJO, IV, 151. In gius Nuovo le differenze fra questi due interdetti *uti possidetis* e *utrubi* sono sparite; essi sono regolati dagli stessi principii, per modo che tanto nell'uno quanto nell'altro, trionfa chi al momento della contestazione della lite possiede *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* di fronte al proprio avversario (*Instit.*, § 4, *de interdictis*, IV, 15; fr. 1, § 1, *Dig. utrubi*, XLIII, 31).

B) INTERDETTI *RECUPERANDÆ POSSESSIONIS*.

(*Dig.*, lib. XLIII, tit. 16, *de vi et vi armata*;
Cod., lib. VIII, tit. 4, *Unde vi*.)

§ 58. Tre interdetti si conobbero in diritto Romano, intesi a recuperare il possesso perduto.

I. L'interdetto *unde vi*, o *de vi*. In antico questo interdetto era di due specie; l'una pel caso di violenza esercitata armata mano (*vis armata*); ed in questo caso il possessore espulso poteva giovarsi dell'interdetto, ancor quando avesse acquistato *vitiose* il possesso a carico del convenuto, l'altra per qualunque diversa violenza (*vis quotidiana*); ma in seguito questi due interdetti furono confusi in un solo, contro il quale non fu ammessa l'*exceptio* del vizioso possesso dell'avversario (CIC., *pro Cæcina*, 31). L'interdetto *unde vi*, o *de vi*, poteva essere sperimentato dal possessore di un immobile che ne fosse stato espulso, *dejectus*, o con delle vie di fatto gravi a carico della sua persona (*atrox vis*), o con l'incussione di un ragionevole timore di siffatte violenze (fr. 1, § 3, *Dig. de vi*, XIII, 16; fr, 1, 3, § 1, *Dig. quod metus causa*, IV, 2). In gius Nuovo può essere intentato ancora, contro chi si è impadronito illegittimamente di un immobile, sebbene senza adoprare violenza a carico del proprietario (*cost.* 11, *Cod. unde vi*, VIII, 4). Quest'interdetto può essere intentato,

non solamente contro il colpevole della violenza, ma ben anco contro chi diede l'ordine ad altri di commetterla (fr. 1 *pr.*, § 11; 20, fr. 3, § 10; 12; fr. 4, 16, *Dig. de vi*, XLIII, 16). - Gli eredi del colpevole, come eredi, non possono essere perseguitati con l'interdetto in discorso, ma sono passibili di una *actio in factum,* intesa a costringerli alla restituzione di tutto quello di cui si locupletarono, pel fatto del loro autore (fr. 1, § 48; fr. 2, fr. 3 *pr.*, fr. 9, *Dig. de vi*, XLIII, 16). Mediante l'interdetto *de vi*, o *unde vi*, l'attore ottiene la restituzione del possesso dell'immobile dal quale fu espulso: più il rifacimento dei danni (fr. 1, § 1, 31, 40, 41, 42; fr. 6, 15, 19, *Dig. de vi*, XLIII, 16; *cost.* 4, *Cod. unde vi,* IV, 8). Scorso un anno dal momento dell'espulsione, con questo interdetto non si può ottenere altro dall'autore della medesima, che quello di cui si è fatto più ricco in conseguenza di essa (fr. 1 *pr.*, § 39, *Dig. de vi*, XLIII, 16; *cost.* 2, *Cod. eod.,* VIII, 4). - Del resto, l'interdetto *unde vi* in gius Nuovo ha rimesso della sua importanza pratica, in seguito della celebre costituzione di Valentiniano III, per la quale è ordinato che chiunque *con violenza* si impadronisce di una cosa *sì mobile come immobile,* ha sempre l'obbligo di restituirla, e perde la proprietà della medesima se era sua, altrimenti è obbligato a pagarne il valore (*cost.* 7, *Cod. unde vi,* VIII, 4).

II. Interdetto *de clandestina possessione.* Di esso si trova fatta menzione soltanto nel fr. 7, § 5, *Dig. communi dividundo* X, 3; sembra che si accordasse nel caso in cui clandestinamente fosse stato tolto il possesso degli immobili. Ma fissato il principio, che il possesso degli immobili non si perde all'insaputa del possessore, quest'interdetto divenne inutile, e perciò non occorre più in gius Nuovo.

III. Interdetto *de precario.* Fu introdotto per procurare la restituzione del possesso di una cosa immobile a colui, che se ne era spogliato dietro le preci di un altro, ma concedendogliela con la condizione di riprenderla ad arbitrio; poi fu esteso anche alla restituzione delle cose mobili. È una congettura assai plausibile, che quest'interdetto fosse accordato per la prima volta a quei possessori dell'*ager publicus,* i quali avevano dato ai loro clienti delle terre a coltivare (ma precariamente, *precario*, cioè dietro le loro preci, e con la condizione che le restituissero ad ogni domanda), quando la loro domanda di restituzione non fosse

stata esaudita. - Trattando del pegno, dovremo riparlarne. - Per quest' interdetto si ottiene oltre la restituzione della cosa, eziandio una indennità (fr. 2 *pr.*, *Dig. de precario*, XLIII, 16; fr. 2, § 1, fr. 8, § 3; 6, *Dig. eod.*).

PARTE II.

Del dominio.

—

CAPITOLO I.

NOZIONE E GENERALITÀ.

§ 59. Non è concepibile uno Stato civile senza dominio ossia senza ***un potere giuridico sulle cose corporali,*** potere ***assoluto, esclusivo, irrevocabile: plena in re potestas.***[1] Il dominio sulle cose immobili occorre nelle politiche associazioni, in due forme differenti; o risiede nello Stato, ed i cittadini hanno soltanto l'usufrutto e l' amministrazione di qualche parte del suolo pubblico, o risiede direttamente nei cittadini. In quest'ultima forma il do-

[1] Il Codice definisce la proprietà o dominio come: il diritto di *godere* e di *disporre* delle cose nella maniera più assoluta. purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti (art. 436). Se in questa definizione si aggiungesse l'attributo di *corporali* alla parola *cose*, avremmo la definizione romana della proprietà o dominio; ma il Codice che non contiene la distinzione fra cose corporali ed incorporali, parla *in genere* di *cose* nella riferita definizione. Nonostante ci pare evidente che mente del legislatore sia stata di inchiudere in questa definizione le sole cose corporali. Vero è bene che all'articolo successivo a questo nel quale si definisce la proprietà, è detto: le produzioni dell'ingegno *appartengono* ai loro autori secondo le norme stabilite da leggi speciali (art. 436); attalchè parrebbe che i diritti degli autori, fossero considerati come una proprietà, la quale non avrebbe di certo per obietto cose corporali; ma è da credere che il legislatore scansando di usare esplicitamente la voce *proprietà* quanto a questi diritti degli autori, ed usando invece il verbo *appartenere*, abbia inteso appunto di escludere l'erronea idea che esista una *proprietà letteraria, artistica,* e via discorrendo. Del resto anche la legge del 25 giugno 1865 si intitola: *Legge sui diritti spettanti agli autori delle opere dell' ingegno* (nº 2237 della Raccolta officiale).

Ancora dall'articolo 1538 parrebbe che si ammettesse la proprietà potere avere per obietto cose incorporali, giacchè ivi si dice: *la vendita* o *cessione di un credito, di un diritto, o di un'azione* è perfetta, e la *proprietà* se ne acquista dal compratore o cessionario etc.; ma in questo articolo la parola *proprietà* non sembra adoperata nel significato tecnico, bensì in quello volgare, nel quale si chiama *proprietà* tuttociò che fa parte del nostro patrimonio, tutto ciò che ci appartiene, sia cosa corporale o incorporale (vedi il testo alle presenti note § 71, lib. II del I volume).

minio si manifesta allorquando la civiltà è progredita; quella prima forma suol precedere questa seconda, ed è lo Stato stesso che di ordinario a quella fa succedere questa. - Siffatto procedimento si verificò eziandio nel consorzio politico Romano. - La proprietà territoriale derivò dallo Stato, che l'accordò per piccole frazioni ai suoi membri; i patrizi, ossia i conquistatori, ebbero in questa repartizione porzioni minori di quelle che furono lasciate ai plebei, cioè ai popoli conquistati; ma i patrizi trovaron un largo compenso nella facoltà di occupare l'*ager publicus*, proprietà dello Stato, ma del quale lo Stato permetteva che acquistassero la *possessio*.

§ 60. Il dominio poi sulle *cose mobili* è sempre ed ovunque anteriore al dominio sulle immobili, perchè è una idea più semplice e più facilmente attuabile: anzi il dominio sugli immobili è una estensione, una esplicazione successiva dell'idea del dominio sui mobili. A Roma avvenne lo stesso, e tanto più in quanto che la proprietà immobiliare fu, come abbiamo detto, una conseguenza della conquista. Il territorio del nuovo Stato, l'*ager romanus,* fu conquistato dalla nazione tutta togliendolo ai vinti; laonde la nazione tutta insieme, ne doveva essere considerata come la padrona, e non i singoli suoi membri. Essi, prima che lo Stato concedesse loro una parte di quel territorio, in proprietà privata, non potevano avere se non che le cose occupate con la loro attività individuale, le cose che avevano portate seco, o che avevano prese e sottratte ai vinti, insomma cose mobili. - E come osserva ottimamente il Puchta (*Instit.*, lib. IV, cap. IV, § 233) a dimostrare la precedenza della proprietà mobiliare, basta la formula dell'azione di proprietà, che era la *rei vindicatio.* - L'oggetto rivendicato doveva essere ghermito dall'attore, che lo rivendicava, che lo diceva suo (*meum est ex jure quiritium*); doveva dunque essere presente e maneggiabile: attalchè quando si volle rivendicare un immobile, fu giuoco forza quasi mobilizzarlo, rappresentandolo con una zolla od un embrice del medesimo, portati in giudizio davanti al magistrato.

§ 61. Nei più antichi tempi di Roma, sulle cose immobili o si aveva una *proprietà privata*, (se derivavano da concessione dello Stato) o una *possessio* (se consistevano in una parte dell'*ager publicus* occupato dai patrizi). Quella proprietà privata era detta *quiritaria.* Soltanto delle cose che ne erano obietto si po-

teva dire che erano proprie *ex jure quiritium.* Esse avevano in origine poca estensione; onde a buon diritto puo asserirsi che piccola importanza ebbe primitivamente a Roma la proprietà privata territoriale. Ma in seguito le nuove distribuizioni di terre, che per lo Stato furono eseguite, le usurpazioni sull' *ager publicus*, e l'aumento della ricchezza mobiliare, conferirono a modificare il pristino ordinamento di cose, e la proprietà degli immobili divenne di non minore rilievo della proprietà dei mobili.

§ 62. Fino ai tempi imperiali la proprietà delle cose, che in origine erano state la principale ricchezza del cittadino, e che erano divenute sue per concessione dello Stato (*res mancipi*), non poteva essere trasferita se non con l'intervento della pubblica autorità, vale a dire con la *mancipatio*, o con la *in jure cessio* (vedi sopra, § 13). Le altre cose diverse da queste (*res nec mancipi*) potevano essere alienate con la semplice consegna, *traditio*, (ULP., XIX, 7; GAJO, II, 18, 20). Tanto le une, quanto le altre, cioè tanto le *res mancipi* quanto le *nec mancipi*, potevano nell'epoca classica del diritto Romano essere obietto di proprietà *ex jure quiritium* (ULP., XIX, 7, CIC., *Top.*, 5), cioè di una proprietà riconosciuta, regolata, e garantita dal diritto civile Romano.

§ 63. Il proprietario aveva dal diritto civile per difendere questa proprietà, una *actio in rem*, chiamata *rei vindicatio.* Ma affinchè una cosa potesse essere detta propria *ex jure quiritium,* era necessario il concorso di tre condizioni:

1° Capacità nella persona,

2° Idoneità nella cosa,

3° Legittimità nel modo di acquisto. - Mancando una di queste tre condizioni, la cosa poteva far parte dei beni, essere fra i beni (*in bonis*), ma non poteva essere obietto di proprietà *ex jure quiritium* (GAJO, II, 40). Il pretore proteggeva chi aveva queste cose *in bonis*, ma non era questa una protezione uguale per indole e per origine, alla protezione accordata dal diritto Civile alla proprietà quiritaria. - In progresso di tempo, le prescrizioni rigorose del diritto Civile perdendo in rispetto ed in osservanza, ed il pretore applicando i principii del gius delle genti, difese e garantì con modi sempre più efficaci i diritti di chi aveva delle cose *in bonis,* talchè in ultimo agli effetti pratici fu lo stesso avere una cosa in *bonis*, o in proprietà *ex jure quiritium;* e queste due

specie di proprietà poterono essere fuse insieme da Giustiniano, senza che sembrasse avere egli operato una molto importante riforma. È prezzo dell'opera esporre il processo seguitato per giungere a siffatto resultamento.

§ 64. Le cause per le quali una cosa non era in proprietà *ex jure quiritium*, si riducono alle seguenti: A) l'incapacità della persona, B) l'inidoneità della cosa, C) l'illegittimità del modo di acquisto.

A) Incapacità della persona.

§ 65. Di proprietà *ex jure quiritium* erano capaci le persone, che godevano del *commercium* (nel senso tecnico romano, *juris civilis*); laonde da primo i soli *cives*, poi i *latini* poterono averla: non i *peregrini* quando non avessero ottenuto il *commercium* per eccezione e per grazia speciale. Non già che i peregrini fossero incapaci di proprietà, in genere; essi anzi potevano avere una proprietà di diritto delle genti, *ex jure gentium*, ma non una proprietà *ex jure quiritium*. Scarse e mal sicure notizie abbiamo su questa proprietà di diritto delle genti, forse in origine chiamata semplicemente *possessio*, poi *dominium*, (*Fragm. Vatic.*, 315, 316; Gajo, II, 40) ma è molto credibile che per difenderla essi avessero una *in rem actio*, esperibile dinanzi al pretore peregrino od al pretore della provincia: azione accordata loro, come se fossero cittadini, ossia fingendoli cittadini (Gajo, IV, 37). Questa proprietà si acquistava con modi non propri del diritto civile romano, bensì del diritto delle genti (*naturales adquisitiones*), dei quali erano capaci anche quelli che non avevano il *commercium*. Comunicata la cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero, prima in un modo non pienamente efficace da Caracalla (Dione Cassio, LXXVII, 9; fr. 17, *Dig. de statu homin.*, I, 5), poi in modo assoluto e perpetuo da Giustiniano (*Instit.*, 3, *de libertinis*, I, 5; *Cod. tit. de dedit. lib. toll.*, VII, 5; e *tit. de lat. lib. toll.*, VII, 6), tutti ebbero il *commercium*: tutti furono dunque capaci di acquistare la proprietà *ex jure quiritium*.

B) Idoneità della cosa.

§ 66. Astrazione fatta dalle cose che non potevano essere obietto di una proprietà *qualunque*, perchè *extra commercium*,

(intesa la parola *commercium* nel senso volgare), ossia fuori del diritto privato in generale: vi erano cose che non potevano essere obietto di proprietà *ex jure quiritium*, perchè prive del *commercium* nel senso tecnico della parola. Tali erano gli immobili nelle provincie (*prædia provincialia*). I Romani considerando questi fondi provinciali come proprietà dello Stato, esigevano (lo dicemmo nella *Storia esterna del diritto Romano*) da coloro cui li rilasciavano, un *tributo* od uno *stipendio*, in correspettività dell'uso e del possesso di quelli, onde il nome di *prædia stipendiaria e tributaria* (*Vat. fragm.* 61, 259, 283; *Instit.*, § 40, *de rer. divis.*, II, 1). A dir vero pare che su questi fondi i Romani non riconoscessero in origine, una proprietà neppure di diritto delle genti, ma piuttosto una *possessio*, revocabile da Roma; e ciò spiega perchè fosse considerato come un benefizio l'estensione dell'*jus italicum* a qualche parte del suolo provinciale: per tale estensione infatti, la *possessio* era trasformata in proprietà irrevocabile e *quiritaria*. Ancora quando sul suolo provinciale fu ammessa una proprietà di diritto delle genti, chiamata essa pure *dominium*, *proprietas*, senza altra aggiunta, (*Vat. fragm.*, 283, 316), quel suolo non venne esonerato dal pagamento di una contribuzione fondiaria: se non che questa mutò natura; non fu più un correspettivo dell'uso e del possesso conceduto da Roma; ma fu una imposta fiscale: tanto è vero che fu estesa anche al suolo italico. – Parificati per questo rispetto il suolo italico ed il suolo provinciale, rimase fra loro la differenza essenziale, che al suolo provinciale non furono mai applicabili i modi di acquisto propri del diritto civile, specialmente, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, e l'*usucapio*; ma posteriormente i primi due fra questi modi di acquistare la proprietà andarono in disuso, e nei tempi dell'impero fu introdotta nelle provincie sotto il titolo di *longi temporis præscriptio*, un'istituzione (come vedremo) molto analoga all'*usucapio*, e che ne faceva in questi luoghi le veci: attalchè la parificazione fra i fondi provinciali e quelli italici operata da Giustiniano (*cost. un.*, *Cod. de nudo jure quirit. tollendo*, VII, 25; *cost. un.*, *Cod. de usucap. transformanda*, VII, 31), rese di diritto, ciò che già esisteva nel fatto.

C) Illegittimità del modo di acquisto.

§ 67. Per acquistare legittimamente il dominio *ex jure quiritium*, bisognava adoperare un modo di acquisto riconosciuto come efficace a quest' uopo dalle leggi civili. Per le *res mancipi*, modi di acquisto legittimi erano principalmente la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *usucapio:* per le *res nec mancipi*, principalmente la *traditio*. - I modi di acquisto *legittimi*, in parte erano propri ed esclusivi del *diritto civile romano*, ed in parte erano presi ad imprestito dal *diritto delle genti*, ma riconosciuti ed ammessi anche questi secondi (almeno nell' epoca classica del diritto Romano) come abili a fare acquistare il dominio *ex jure quiritium*. Modi illegittimi di acquisto sarebbero stati:

A) La *traditio* per le *res mancipi*.

B) I modi che il diritto Civile non riconosceva, ma che dal diritto onorario soltanto, erano stati introdotti per opera dei pretori.

§ 68. *A*) Se taluno avesse acquistato una *res mancipi* senza adoperare le forme solenni della *mancipatio* o della *in jure cessio*, ma invece valendosi della semplice consegna, *traditio*, la cosa non diveniva proprietà *ex jure quiritium* dell'acquirente: passava sì fra i suoi beni, era *in bonis*, ma non diveniva sua *ex jure quiritium*. Chi gliel'aveva trasmessa ne conservava il *nudum jus quiritium* (Gajo, I, 54, III, 166), conciossiachè questo non fosse trasmissibile se non che con la *mancipatio*, o con la *in jure cessio* (Gajo, II, 41; Ulp., I, 16, 23). L'acquirente poteva, egli è vero con la usucapione acquistare la cosa in proprietà *ex jure quiritium*, ma finchè l'usucapione non era compiuta con lo scorrere del tempo fissato dalla legge, il trasferente conservava il *nudum jus quiritium:* e conservandolo poteva valersi di tutte le azioni inerenti al medesimo, e specialmente della *rei vindicatio*, perfino contro la persona cui avesse venduto la cosa senza trasmetterglielo. Il compratore contro il quale avesse sperimentato la *rei vindicatio*, avrebbe potuto opporgli l'*exceptio doli*, essendo davvero *in dolo* costui, che si faceva a rivendicare come sua una cosa, che aveva venduto; ma quest' eccezione era personale, e per conseguenza non poteva essere opposta se non che alla persona del venditore; attalchè se costui avesse mancipato ad altri il suo *nudum jus quiritium*, il compratore si sarebbe tro-

vato esposto a vedersi spogliare della cosa comprata. Per impedire quest' ingiustizia e questa frode, il pretore introdusse una eccezione, che fu detta *exceptio rei venditæ et traditæ*, in forza della quale il compratore e tutti i suoi aventi causa, vale a dire tutti coloro cui avesse trasferito i suoi diritti sulla cosa comprata, poterono respingere il venditore che avesse voluto fare valere il suo *nudum jus quiritium*, e tutti gli aventi causa dal medesimo, cioè tutti coloro cui avesse trasferito quel *nudum jus quiritium*. Ma affinchè di questa *exceptio* potessero prevalersi il compratore o i suoi aventi causa, era necessario che fossero nel possesso della cosa; se avevano perduto questo possesso prima di aver compiuto l' usucapione, evidentemente trovavansi a mal partito. Infatti l' *exceptio rei venditæ et traditæ* era un mezzo di difesa contro il venditore ed i suoi aventi causa, ma non era un mezzo di aggressione: non era una *azione* per ripetere la cosa in mano o del venditore o di altri; e la *rei vindicatio* il compratore non poteva sperimentare, perchè questa, come azione spettante al proprietario *ex jure quiritium*, non era esercibile da lui che proprietario in quel modo non era, almeno finchè non aveva compiuto l' usucapione. Il pretore *Publicius* venne in soccorso di questo compratore ridotto in circostanze tanto critiche, istituendo un' azione nuova, che in memoria di lui fu chiamata *Publiciana in rem actio* (GAJO, IV, 36; fr. 1, e seg., *Dig. de publ. in rem actio*, VI, 2; fr. 28, *in f. Dig. de noxal. act.*, IX, 4). Con siffatta *azione* il pretore abilitò quel compratore a ripetere la cosa, quasi già avesse compiuto l' usucapione della medesima: lo trattò come se avesse usucapito; e per questa *finzione* gli accordò l' azione in discorso, la quale per tal motivo fu detta *fictitia*, ma che produsse gli stessi effetti della *rei vindicatio*. - Grazie a cotali provvidenze del pretore, il *nudum jus quiritium* venne a perdere ogni importanza, e sparì ogni differenza di rilievo fra le *res mancipi* e le *res nec mancipi*; e valga il vero, chi aveva acquistato una *res mancipi* in modo difettoso, in ultima analisi, mercè il pretore, ebbe gli stessi diritti di chi l'aveva comprata in modo legittimo. In seguito prevalse il principio, che la *tradizione* valesse a trasmettere la proprietà eziandio delle *res mancipi*, e l' illegittimità del modo di acquisto dipendente dalla omissione delle forme necessarie a trasmettere la proprietà delle *res mancipi*, fu assolutamente trascurata.

§ 69. *B*) I modi di acquistare il dominio, o fossero propri ed esclusivi del diritto civile Romano, o fossero stati da esso riconosciuti sebbene derivanti dal diritto delle genti, erano tutti modi *legittimi*, e valevano, almeno nell'epoca classica del diritto Romano, a fare acquistare la proprietà *ex jure quiritium.* Tuttavolta i pretori introdussero altri modi di acquisto ignoti al diritto civile, i quali davano a chi se ne giovava un potere sulle cose analogo alla proprietà, ma derivante dal *gius onorario.* - Chi ne approfittava era in uno stato di fatto protetto dal pretore, che aveva tutti gli effetti della proprietà *ex jure quiritium*, che poteva fare acquistarla mediante l'usucapione, ma che quella proprietà non era. Di coloro che erano in questa relazione con le cose, si diceva che le avevano *in bonis*, *esse in bonis*, che ne avevano la *possessio*, che godevano della *bonorum possessio*, e più tardi fu perfino detto da Teofilo, che ne avevano un *dominium bonitarium.* Una relazione di questo genere si verificava, per esempio:

a) quando il pretore immetteva una persona nel possesso di beni di un defunto (*bonorum possessio*), defunto cui non avrebbe potuto succedere legalmente, perchè non chiamata a succedergli dalle leggi animate da spirito agnatizio, ma cui era sì strettamente congiunta per vincoli di sangue, che l'equità naturale la designava quale successore (Gajo, III, 77 a 81; IV, 35);

b) quando il pretore immetteva taluno nel possesso dei beni del recalcitrante ad eseguire l'ordine già trasmessogli con un precedente decreto, di dare una cauzione a quel primo, *missio ex secundo decreto* (fr. 7 *pr.*; fr. 15, § 16 a 23, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2);

c) quando il pretore immetteva i creditori nel possesso dei beni del debitore insolvente, riconoscendo loro il diritto di venderli (Gajo, III, 80), o quando immetteva in possesso il compratore di beni di un decotto (Gajo, III, 81);

d) quando il pretore dava in potere della persona danneggiata lo schiavo che a suo carico aveva commesso un delitto, non essendosi presentato il padrone per difenderlo: *servus ex noxali causa jussu prætoris ductus* (fr. 2, § 1, *Dig. si ex noxal. causa*, II, 9; fr. 26, § 6, *de noxal. act.*, IX, 4).

e) Altro esempio di acquisto di proprietà pretoria occorre nella *restitutio fideicommissi:* i fedecommessi più volte sono chia-

mati modi di *acquisto pretorio* (GAJO, II, 253 a 258; fr. 24, § 1, *Dig. fam. ercisc. act.*, X, 2; fr, 63 *pr.*, *Dig. ad S. C. Trebell.*, XXXVI, 1, fr. 2, § 19, *Dig. pro emtore,* XLI, 4); ma di essi altrove. Tali immissioni in possesso, non essendo annoverate fra i modi di acquistare il dominio *ex jure quiritium,* direttamente ed immediatamente non lo procuravano: ma siccome la persona che era stata immessa in tale possesso, poteva acquistare quel dominio mediante l'usucapione, ed il pretore proteggeva efficacemente siffatti possessori finchè non avessero usucapito, così il diritto loro in sostanza equivaleva al dominio, fu anche da ultimo perfino chiamato *dominium* (GAJO, III, 80; fr. 20, *in f.*, *Dig. de noxal. act.,* IX, 4; fr. 1, *Dig. de bonor. poss.*, XXXVII, 1; fr. 15, § 16, 17, 33, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2); allora chi ebbe una cosa *in bonis* potè difenderla contro chiunque, e potè ottenerne la restituzione quando gli fosse stata tolta (fr. 190, *Dig. de regul. juris,* L, 17; fr. 52, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1).

§ 70. Se ci facciamo a riandare i casi ne' quali una cosa non era propria *ex jure quiritium*, ma solamente propria per *diritto delle genti* o per *diritto onorario*, e se pensiamo alla protezione accordata dal pretore a quest'ultima proprietà che chiamammo pretoria (*in bonis*), è agevole convincersi che ai tempi di Giustiniano la differenza fra il dominio quiritario, ed il non quiritario, era più nominale che reale. Infatti l'impossibilità di avere una cosa nel dominio quiritario, dipendente dalla mancanza di *commercium* nel subietto, sparì quando la cittadinanza fu conceduta a tutti i sudditi dell'impero. L'impossibilità di avere una cosa nel dominio quiritario per la inidoneità della medesima ad esserne obietto, perchè *di suolo provinciale*, si dileguò con la parificazione di questo suolo all'italico, (astrazione fatta dall'usucapione). Finalmente, l'impossibilità di avere una cosa nel dominio quiritario, dipendente dal modo *illegittimo* di acquisto, sparì pel disuso in cui caddero la *mancipatio* e la *in jure cessio,* divenute illusorie per la protezione accordata dal pretore a chi aveva acquistato una *res mancipi* mediante la *traditio:* e sparì eziandio per la difesa che il pretore aveva assunto della proprietà da lui conceduta. - Ciò non pertanto ai tempi di Giustiniano seguitava l'antica terminologia, e le parole non si accordavano col fatto; l'imperatore volle togliere di mezzo questa anomalìa, e con siffatto intendimento pubblicò due costituzioni, con l'una delle quali abolì

espressamente il *nudum jus quiritium*, (*cost. unic.*, *Cod. de nudo jure quiritium tollendo*, VII, 25), con l'altra parificò a tutti gli effetti i fondi italici ai provinciali, e le *res mancipi alle nec mancipi* (*cost. unica Cod. de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, VII, 31). In conseguenza di queste riforme, la proprietà da primo una, poi divenuta duplice (GAJO, II, 40), ritornò alla pristina unità: l'antica distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* fu una istorica reminiscenza: la *mancipatio* e l'*in jure cessio* cederono il luogo alla *traditio:* la *usucapio* (come dimostreremo) fusa con la *longi temporis præscritio*, fu una istituzione applicabile a qualunque cosa in commercio. La *rei vindicatio* venne accordata a qualsivoglia proprietario, la *exceptio rei venditæ et traditæ* e la *Publiciana in rem actio,* non ebbero più la pristina applicazione, ma furono per analogia adoperate in casi simili a quelli pei quali erano state introdotte.

§ 71. A corona di questi cenni istorici giova osservare, che le voci *proprietas, dominium,* sono relativamente recenti nel linguaggio giuridico Romano. Da primo il proprietario esprimeva il suo diritto non con una sola parola, ma con una frase, cioè diceva: *hæc res mea est ex jure quiritium*, (GAJO, I, 54; II, 40, 196; ULP., I, 16, 23); poi la voce *mancipium* fu adoprata ad esprimere la proprietà romana (CIC., *Epist. ad famil.*, VII, 29, 30). Soltanto in seguito occorrono le parole *dominium* o *dominium legitimum, proprietas* (VARRONE, *De re rust.*, II, 10, 4). La proprietà non quirite si indicava con le locuzioni in *bonis esse*, *in bonis habere*, *possessio*, *bonorum possessio* (GAJO, I, 54; ULP., I, 16; XIX, 20), da Teofilo chiamata *dominium bonitarium* (*ad* § 3, *Inst. de libert.*, I, 5). Nel diritto Giustinianeo *dominium* e *proprietas* sono due termini tecnici per indicare *la facoltà giuridica, assoluta, esclusiva ed irrevocabile di disporre di una cosa corporale.* Nel volgare linguaggio la voce *proprietà* si adopera talora ad esprimere tutto ciò che fa parte del nostro patrimonio, tutto ciò che ci appartiene, che è nostro, sia cosa corporale, sia incorporale: ed è in questo significato della parola, che fu detto il diritto privato, ridursi tutto al diritto di proprietà. - In tale significato volgare la voce *proprietà* ha un'estensione maggiore della voce *dominio:* perocchè nel volgare linguaggio si preferisca adoperare la voce dominio per esprimere soltanto la proprietà sulle

cose corporali. Ma nel linguaggio giuridico dei Romani le due parole *dominium, proprietas,* o si trovano adoperate come sinonimi, o altrimenti *dominium* ha un significato più esteso di *proprietas:* infatti talora è adoperato per indicare ogni diritto patrimoniale reale, e *dominus* significa perfino il subietto di qualsiasi diritto. - Così nel testo si trova parlato di un *dominium proprietatis* (fr. 17, *Dig. quib. mod. ususfr.*, VII, 4), di un *dominus proprietatis* (fr. 12, *Dig. ad legem Aquiliam,* IX, 2; fr. 16, § 1, *Dig. de usu et habit.*, VII, 8; fr. 18, § 2, *Dig. de dolo malo*, IV, 3. *Dominus* nel fr. 8, *Dig. de reb. auct. jud. possid.*, XLII, 5), sta ad esprimere l'usufruttuario; e nel fr. 3, *Dig. si ususfruct. pet.*, VII, 6, troviamo indicato un *dominium ususfructus. Dominus hereditatis* nel linguaggio testuale significa *erede* (fr. 48, *Dig. de hered. instit.,* XXVIII, 5); la voce *heres* derivando da *herus* (padrone); e l'eredità stessa si esprime talvolta con la locuzione *universum dominium* (fr. 70, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). - *Dominus litis* significa la persona per cui interesse si fa la lite, in contrapposto al procuratore, che sta in giudizio come rappresentante del *dominus litis* (fr. 31, *Dig. de procurat,* III, 3): *dominus rei gestæ*, o *negotiorum* è il padrone degli affari che altri imprende a trattare ultroneamente qual *negotiorum gestor,* (*Instit.*, § 1, *de obligat. quasi ex contractu,* III, 27). - Le espressioni *nuda proprietas* significano la proprietà senza l'usufrutto, in contrapposto a *plena, solida proprietas,* che è la proprietà esente da limitazioni, quando cioè nessun diritto frazionario della medesima, (e perciò neppure l'usufrutto) ne fu disgiunto per costituirlo in diritto separato (fr. 2 *pr.*, *Dig. quib. mod. ususf. amitt.,* VII, 4; fr. 26; *Dig. de usu et ususf. leg.*, XXXIII, 2).

§ 72. Abbiamo definito il dominio come un diritto *assoluto, esclusivo, irrevocabile;* giova illustrare queste tre qualifiche.

a) È un diritto *assoluto*, perchè il proprietario può disporre della cosa sua in ogni maniera che più gli piaccia: infatti può possederla, usarne e goderne in qualunque modo, consumarla, trasformarla, distruggerla, alienarla in tutto od in parte, trasmetterla ai suoi successori, rinunziarne la proprietà senza trasferirla o trasmetterla in altri.

b) È un diritto *esclusivo,* perchè il proprietario può impedire a chiunque di disporre della cosa sua, può rivendicarla da qua-

lunque terzo possessore, può fare cessare qualsiasi turbativa all'esercizio del suo diritto di proprietà.

c) È un diritto *irrevocabile*. Questo diritto essendo *esclusivo* non può dipendere dall'arbitrio altrui il farlo cessare, malgrado la volontà del proprietario. Ed essendo *assoluto*, le disposizioni del proprietario relative alla cosa sua debbono valere e riuscire efficaci, qualunque sieno gli obblighi personali che egli possa avere contratto. Laonde quando chi è proprietario trasferisce validamente la proprietà di una cosa, l'acquirente l'acquista in modo irrevocabile; e comunque il trasferente (antico proprietario della medesima) avesse potuto in precedenza obbligarsi a trasferirla ad altri, questa sua obbligazione personale rimarrebbe, vuota di effetto di fronte all'acquirente, nuovo proprietario. L'antico proprietario potrebbe senza dubbio essere obbligato con una *actio in personam* a risarcire il danno che egli arrecò a colui verso il quale si obbligò, e cui mancò di fede: ma questi non potrebbe esperimentare nessuna azione *in rem*, sulla cosa cioè, la proprietà della quale fu validamente trasferita. Tal'è la regola che il diritto Romano stabilisce, regola coerente all'irrevocabilità del dominio (fr. 75, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 6, *Dig. de rescind. vendit.*, XVIII, 5; fr. 21, § 5, *Dig. de act. emti*, XIX, 1; fr. 12, *Dig. de præscr. verb.*, XIX, 5; fr. 3, *Dig. quib. mod. pign.*, XX, 6; fr. 43, § 8, *Dig. de ædil. edict.*, XXI, 1; *cost.* 2, *Cod. de rescind. vend.*, IV, 44; *cost.* 2, *Cod. de pact. int. emt.*, IV, 54; *cost.* 4, *Cod. de æd. act.*, IV, 58; *cost.* 7, *Cod. de revoc. donat.*, VIII, 56).[1]

§ 73. Alle tre caratteristiche del dominio, esistono alcune

[1] Le tre caratteristiche del dominio enumerate nel testo a queste note, relativamente al dominio Romano, convengono alla proprietà quale è definita nel Codice nostro; è anch'essa un diritto *assoluto, esclusivo, irrevocabile*.

a) Il proprietario può infatti disporre della cosa nella maniera *più assoluta*, purchè non ne faccia un uso vietato dalla legge e dai regolamenti (art. 436). Il proprietario del suolo è proprietario dello spazio sovrastante, e di tutto ciò che si trova sotto e sopra la superficie (art. 440).

b) Il proprietario della cosa ha diritto di *rivendicarla* da qualsiasi possessore o detentore, salve le eccezioni stabilite dalle leggi (art. 439). Ciascuno può chiudere il suo fondo, salvi i diritti di servitù spettanti ai terzi (art. 442). Anzi ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue (art. 441). Il proprietario può impedire che altri si introduca nel suo fondo per l'esercizio della caccia (art. 712). Nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà ed a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di *utilità pubblica* legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità; ma le norme relative alla espropriazione per causa di *pubblica utilità* sono deter-

limitazioni; vale a dire sebbene sia in massima un diritto, ***assoluto***, ***esclusivo***, ***irrevocabile,*** vi sono dei casi eccezionali nei quali tal massima non procede. – È di capitale importanza esaminarli.

§ 74. Sebbene il dominio sia un diritto *assoluto*, la legge impone allo esercizio del medesimo alcune limitazioni, che i commentatori chiamano impropriamente ***servitù legali.*** In conseguenza di queste, il proprietario è astretto *a*) a ***soffrire***, ***b***) o a ***tralasciare di fare.***

a) Per disposto di legge il proprietario è astretto a ***soffrire***, nei casi seguenti;

1° Il proprietario di un fondo, sebbene sia proprietario dello spazio che esiste sul medesimo a colonna fino al cielo, tuttavia trattandosi di un fondo vuoto di edifizi, deve soffrire che il vicino lasci sporgere su quello, gli alberi propri ad un' altezza maggiore di 15 piedi da terra (fr. 1, § 7, 8, *Dig. de arbor. cæd.*. XLIII, 27; *cost.* 1, *Cod. de interd.*, VIII, 1). Rifiutandosi, costui a troncare i rami degli alberi, che sporgono ad un' altezza minore di 15 piedi, è permesso al proprietario sul cui fondo sporgono, tagliarli da sè, ritenendosi il legname (*Dig. tit. de arboribus cædendis*). – Il proprietario poi dell' edifizio sul quale sporge l' albero altrui, può esigere che quello cui l'albero appartiene lo

minate da leggi speciali (art. 438) vedi la legge del 25 giugno 1865 (N° 2339 della raccolta ufficiale).

c) Relativamente alla *irrevocabilità* del dominio il Codice si allontana alquanto dal diritto Romano, principalmente per le ragioni, che secondo il Codice il dominio si trasferisce per semplice convenzione, senza bisogno di tradizione; e che di fronte ai terzi il dominio degli immobili non è trasmesso senza la trascrizione.

Il Codice Civile italiano riconosce come il diritto Romano che sebbene il dominio o la proprietà che voglia dirsi, sia un diritto *assoluto* ed *esclusivo,* subisce peraltro alcune limitazioni. Le limitazioni che il Codice riconosce, si riducono all' usufrutto, uso ed abitazione (*servitù personali* cui il Codice non dà questo nome collettivo per ragioni che esporremo in seguito) ed alle *servitù prediali.* Distingue le servitù prediali in quelle *stabilite dalla legge,* ed in quelle *stabilite dal fatto dell' uomo.* Abbiamo detto altra volta perchè ci pare improprio il titolo di *servitù* dato a quelle limitazioni al dominio che derivano dal disposto di legge; osserveremo adesso, che gli altri *jura in re aliena*, oltre le servitù, che il diritto Romano riconosce quali limitazioni del dominio (cioè i diritti di enfiteusi, di superficie, di pegno e d' ipoteca) non sono dal Codice considerati sotto questo punto di vista. Infatti, dell' enfiteusi e del pegno tratta fra i contratti; e non distingue esplicitamente il contratto consensuale enfiteuticario, dal diritto reale di enfiteusi che ne deriva; nè il contratto reale di pegno, dal diritto reale di pegno che da quel contratto discende. L' ipoteca poi, la considera separatamente dal pegno, e soltanto come un mezzo di garantire le obbligazioni.

La comunione dei beni non è dal Codice esplicitamente classata fra le limitazioni del dominio, sebbene in fatto riconosca che lo limita (vedi per esempio, gli art. 675, 677, 679).

tagli, altrimenti può tagliarlo da sè ritenendosene il legname (fr. 1 *pr.*, § 6, 9, *Dig. de arbor cæd.,* XLIII, 7), come nel caso antecedente, in compenso del lavoro che ha dovuto eseguire. Il proprietario non è neppure obbligato a soffrire sul proprio fondo le radici degli alberi del vicino, non che gli alberi stessi che il vento vi ha ripiegati (fr. 6, § 2, *Dig. de arb. furt. cæs.*, XLVII, 7; *cost* 1, *Cod. de interd.*, VIII, 1; fr, 2, *Dig. de arb. cæd.,* XLIII, 27).

2° Il proprietario deve soffrire che il confinante si introduca sul fondo suo, un giorno sì ed uno no (*tertio quoque die*) a raccogliere i frutti che dall'albero del confinante medesimo vi caddero, e se non volesse permetterglielo egli sarebbe passibile dell'interdetto *de glande legenda* (fr. 1, *Dig. de glande legenda,* XLIII, 28). I pratici per altro per *tertio quoque die* intendevano ogni tre giorni (CÆPOLL., *De Servit. urb. præd.*, cap. 81, n. 21; CALVIN., *De æquit.,* lib. 2, cap. 120; SABELLI, *Summa v. arbor.*, n. 9). In pratica non si riconosceva facoltà di entrare negli altrui luoghi chiusi da siepi, muri, ec., per raccoglierci i propri frutti cadutivi; questi frutti si riteneva divenissero proprietà del proprietario del terreno su cui cadevano, per abbandono implicito del proprietario dell'albero dal quale si separavano, che ne lasciava sporgere i rami sul fondo altrui.

3° Il proprietario di un fondo, quando delle cose altrui caddero su quello, deve soffrire che la persona cui appartengono, ve le raccolga. Tuttavia ha un *jus retentionis* sulle medesime, se per la loro caduta ebbe a patire danno, diritto che può esercitare, finchè non è stato risarcito del danno arrecatogli (fr. 7, § 1 e 2; fr. 9, § 2, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2).

4° Il proprietario del fondo inferiore deve soffrire che le acque del fondo superiore scorrano sul suo (quando naturalmente vi si scaricano), sebbene vi rechino danno (fr. 1 e 2, *Dig. de acqua et aquæ pluviæ arcendæ*, XXXIX, 3).

5° Se l'impeto del fiume ha disfatta o resa impraticabile la via, i proprietari dei campi limitrofi debbono soffrire che per quelli si passi finchè la via non è rifatta o resa praticabile: e debbono dare, dietro compenso, tutto ciò che è necessario per restaurarla o ricostruirla (fr. 14, § 1, *Dig. de quemad. servit. amitt.*, VIII, 6).

6° Il proprietario è obbligato a permettere il passo sul proprio fondo a chi non avrebbe altrimenti accesso al proprio. Que-

sta proposizione generale, fu una estensione fatta dalla giurisprudenza di una regola, che per un caso singolare occorre nel diritto Romano, cioè pel caso in cui mancava l'accesso al sepolcro (fr. 12, *Dig. de religios.*, XI, 7).

7° Secondo una disposizione del diritto Romano dell'epoca imperiale, il proprietario deve lasciare scavare pietre e metalli sotto la superficie del suo terreno, quando non si rechi danno alla superficie medesima, e si dia un decimo del retratto a lui proprietario, ed un decimo al fisco (*cost.* 3 e 6, *Cod. de metallar. et metall.*, XI, 6).

b) Il proprietario è obbligato a *tralasciare di fare* nei casi seguenti:

1° Il proprietario deve astenersi dal demolire la propria casa con lo scopo di vendere il materiale e gli ornamenti, nè in generale può venderla perchè altri la demolisca con quello scopo (fr. 48, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2; fr. 52, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; *cost.* 2, 6, *Cod. da ædif. priv.*, VIII, 10). Questo prescrive il diritto Romano, affinchè le città non sieno deturpate con edifizi rovinati.

2° Non può erigere alcuna opera per la quale venga mutato il corso delle acque, a pregiudizio del fondo inferiore (fr. 8, § 5, *Dig. si servit. vind.*, VIII, 5; fr. 1, § 1, 2, e fr. 2, *Dig. de aqua et aquæ pluv.*, XXXIX, 3).

3° Non può fare sul proprio fondo scavi, che pongano in pericolo l'edifizio del vicino con l'indebolirne le fondamenta (fr. 24, § 12, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2).

4° Non può erigere presso l'aia del vicino alcuna fabbrica in guisa che venga impedita la ventilazione, e così la separazione del grano dal loglio (*cost. ult.*, § 1, *Cod. de servit. et aqua*, III, 34).

5° Non può, edificando sul proprio fondo, inalzare un edifizio di fronte a quello del vicino, ad una distanza minore di 12 piedi se l'edifizio dinanzi al quale fabbrica è privato, e di 15 piedi se è pubblico (*cost.* 9, 11, 12, § 2, *Cod. de ædif. priv.*, VIII, 10). Ed il proprietario di un fondo deve lasciare fra questo e quello del vicino uno spazio, che è di due piedi e mezzo quando separa due edifizi (*ambitus, intercapedo*), e di cinque piedi (*quinque pedes*) quando separa due fondi coltivati (fr. 14, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 13, *Dig. finium regund.*, X, 1).

6º Non poteva, anche nell'altezza dei propri edifizi, il proprietario superare certe misure. Augusto stabilì qual limite massimo degli edifizi i 70 piedi, Trajano i 60, Zenòne poi lo spinse fino a 100 piedi (fr. 1, § 17, *Dig. de op. nov. nunciat.*, XXXIX, 1; *cost.* 12, § 4, *Cod. de ædif. priv.*, VIII, 10); limitazioni queste che oggi non sono più in vigore presso di noi. Le deputazioni addette al pubblico ornato, edilità odierna, potrebbero per altro limitare gli strani ed i pericolosi abusi dell'esercizio del dominio.

7º Non poteva il proprietario lasciare il proprio edifizio in tale stato da far temere un'imminente rovina. Le persone che avrebbero potuto risentirne danno, erano autorizzate dall'Editto del pretore ad esigere o che restaurasse l'edifizio, o che desse cauzione di risarcirle del danno temuto, qualora si verificasse (*cautio damni infecti*). Se il reo convenuto si ricusava a prestare la cauzione, il pretore immetteva l'attore nel possesso dell'edificio (*in possessione esse jubet*); e se anche un tal mezzo riusciva inefficace, il pretore accordava una seconda *missio in possessionem* (*ex secundo decreto*) in forza della quale si riteneva che il reo convenuto avesse abbandonato la cosa: l'attore ne aveva il possesso giuridico, e compiuta l'usucapione, la proprietà (*possidere jubet*). [1]

§ 75. Benchè il dominio sia un diritto *esclusivo,* vale a dire tale, che la cosa che ne è obietto non possa appartenere *per intiero, in solidum,* nel medesimo tempo a più persone, ciò non pertanto, si ammette la possibilità di un *condominio.* Ma quando si riconosce condominio sopra una cosa, si intende che essa appartenga a più proprietari in guisa che ognuno né abbia una parte intellettuale, o ideale, vale a dire la metà, un terzo, un quarto ec., in altri termini che tutti abbiano la cosa *pro indiviso* (fr. 5, § 15, *Dig. commod.*, XIII, 6; fr. 4, § 6, *Dig. fin. regund.*, X, 1; fr. 6, § 1, *Dig. comm. divid.*, X, 3). Tutti i condomini o comproprietari *insieme* hanno il dominio, ma nessuno fra loro, con-

[1] Le così dette *servitù legali*, o più propriamente le *limitazioni legali del dominio* hanno nel diritto odierno per ragione l'utilità *pubblica* o *privata* (art. 533).

Le servitù legali stabilite per *utilità pubblica* (come quella riguardante il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi, i canali navigabili etc.) sono governate da leggi o regolamenti speciali (art. 534).

Le servitù legali stabilite per *utilità privata* sono determinate dalle leggi e dai regolamenti sulla polizia campestre, e dalle disposizioni della Sezione 1ª cap. 2, lib. II del Codice dall'art. 536 a 615 (vedi Appendici in fondo al volume).

siderato separatamente, ha il dominio sulla cosa *per intiero*, o sopra una parte materialmente determinata della medesima. Conseguenza di questo stato giuridico si è, che uno dei più comproprietari non può, senza il consenso degli altri tutti, disporre di *tutta la cosa,* nè di una *determinata parte materiale* della medesima. *In re communi neminem dominorum jus facere quidquam, invito altero posse. Unde manifestum est, prohibentis jus esse; in re enim pari, potiorem esse causam prohibentis constat.* (fr. 28, *Dig. comm. divid.*, X, 3; fr. 2, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 11, *Dig. si serv. vindic.*, VIII, 5; fr. 10 *pr.*, *Dig. de aqua pluv.*, XXXIX, 3). Alla massima: *in re pari potior est causa prohibentis,* o *melior est conditio prohibentis*, si fa eccezione quando un provvedimento sulla cosa fosse stato preso da uno solo dei condomini, ma con l'intenzione di conservarla o di impedirne la rovina (fr. 52, § 10, *Dig. pro socio*, XVII, 2; *cost.* 4, *Cod. de ædif. priv.*, VIII, 10), o quando con quel provvedimento non pregiudicasse ai diritti degli altri (fr. 13, § 1, *Dig. de servit. præd. urb.,* VIII, 2). Può ciò nonostante ognuno dei comproprietari disporre del proprio diritto, può cederlo; ed alienandolo trasferisce nell'acquirente la propria parte intellettuale che ha sulla cosa comune (fr. 68 *pr.*, *Dig. pro socio,* XVII, 2; *cost.* 3, *Cod. de comm. rer. alien.*, IV, 52; *cost.* 12, *Cod. de donat.*, VIII, 54; *cost. unica, si comm. res pignori,* VIII, 21). Parimente lice a ciaschedun comproprietario esigere in qualunque tempo, che si devenga alla divisione materiale della cosa (*cost.* 5, *comm. divid.*, III, 37). L'azione che a tale uopo viene sperimentata, è l'*actio communi dividundo.*

§ 76. Sebbene il dominio sia un diritto *esclusivo*, talchè il proprietario possa per regola escludere chiunque dall'usare e godere della cosa sua in qualsivoglia modo, tuttavia una limitazione assai importante a questo principio, è quella che nasce dagli *jura in re.* Questi diritti hanno per effetto di interdire al proprietario certi modi di esercitare il dominio, o di autorizzare altri a fare qualche cosa sulla cosa altrui, che il proprietario di quella avrebbe avuto facoltà di impedire se il suo dominio non fosse limitato. Esempigrazia il proprietario che ha costituito una servitù di passo sul suo fondo, non può impedire di passare a chi gode di quel diritto: il proprietario che ha costituito sul suo edifizio una *servitus altius non tollendi*, non può alzarlo oltre il

limite stabilito. Le limitazioni del dominio derivanti dalla costituzione di un qualche *jus in re*, non essendo conformi all'indole del dominio, che è per natura un diritto assoluto, non si presumono mai, laonde chi le pretende esistenti, deve provarle: in altri termini il dominio si presuppone assolutamente libero fino a prova in contrario (*cost.* 9, *Cod. de servit.*, III, 34). Per la stessa ragione queste limitazioni al *dominium plenum*, e che valgono a renderlo *minus plenum*, debbono essere sempre interpretate restrittivamente. Estinto un gius *in re,* cessa la limitazione al dominio che ne derivava (*Instit.*, § 4, *de usufr.*, II, 4; fr. 3, § 2, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 30, *Dig. de serv. præd. urb.,* VIII, 2).

§ 77. Nonostante che il dominio di regola sia un diritto *irrevocabile*, occorrono alcune eccezioni a quella regola.

1° caso di eccezione è quello del legato fatto sotto condizione sospensiva. Ogni qualvolta un testatore lasciò un legato sotto condizione sospensiva (p. e. disse: lascio a Tizio a titolo di legato il mio podere, sotto la condizione che sopravviva a mia moglie) se alla morte del testatore, la condizione non si è verificata, la proprietà della cosa rimane provvisoriamente nell'erede; ma al momento che la condizione si verifica, la proprietà cessa *ipso jure* nell'erede, e passa nel legatario, attalchè quella è condizione *risolutiva* per l'erede, *sospensiva* pel legatario. Ma se l'erede nel frattempo avesse alienato la cosa in questa guisa legata, egli avrebbe trasmesso la proprietà della medesima, perchè come erede era proprietario; tuttavolta il legatario potrebbe rivendicarla al verificarsi della condizione dalle mani del compratore, e questi vedrebbe revocata la sua proprietà. Per lui la proprietà sarebbe *revocabile*, comunque potesse esperimentare un'azione *personale* in rifacimento di danni contro l'erede (fr. 66, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 12, § 5, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 69, § 1, *Dig. de legat.*, I, 30; fr. 7, *Dig. de adim. leg.,* XXXIV, 4; fr. 105, *Dig. de cond. et dem.,* XXXV, 1). Ed avvertasi, che la cosa dal legatario rivendicata, verrebbe in mano sua libera da qualunque *jus in re,* del quale l'avesse gravata l'erede o chi la comprò dall'erede.

2° caso di eccezione si verifica nella vendita col *patto adietto*, che ha nome di *addictio in diem.* Chi ha venduto una cosa sotto la condizione che la vendita si consideri come non avvenuta se, dentro un tempo determinato, altri gli fa un of-

ferta più vantaggiosa (*in diem addictio*), può far valere questa clausula risolutiva, non solamente contro la persona cui direttamente vendè con siffatta condizione, ma ancora contro qualunque altra persona in mano della quale la cosa fosse stata trasferita dal primo compratore (fr. 41, *pr.*, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 4, § 3, 4, *Dig. de in diem addict.*, XVIII, 2).

3° caso di eccezione è quello specialissimo della donazione modale, contemplata nella *cost.* 1, *Cod. de donationibus, quæ sub modo*, VIII, 55. Ivi è detto: « Si doceas (ut affirmas) nepti » tuæ ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta præbe» ret: vindicationem etiam (in hoc) casu utilem eo, quod legi » illa obtemperare noluerit, impetrare potes: id est, actionem » qua *dominium pristinum tibi* restituatur. Nam non solum *con-» dictio* quidem tibi in hoc casu, idest *in personam actio* jure » procedit, verum etiam *vindicationem* quoque divi Principes in » hoc casu dandam esse sanxerunt. » In questi casi eccezionali la proprietà è revocabile, e questa revoca avviene *in rem*: vale a dire la persona a favore della quale la revoca si verifica, può *rivendicare la cosa* dalle mani di *chiunque*, e la riprende *libera* da qualsiasi onere o peso di cui fosse stata gravata. In questi casi eccezionali è esatto il ditterio forense: *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum*, al quale volgarmente è data un'estensione arbitraria ed ingiustificabile. E valga il vero, la revoca *in rem* essendo contraria alla natura del dominio, non può essere ammessa, senza che una esplicita disposizione di legge l'autorizzi.

CAPITOLO II.

DELL'ACQUISTO DEL DOMINIO IN GENERALE.

(*Instit.,* lib. II, tit. 1, *de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio. Dig.*, lib. XLI, tit. 1, *de adquirendo rerum dominio.*)

§ 78. L'acquisto del dominio esige:

a) una persona capace di acquistare;

b) una cosa idonea ad essere acquistata;

c) un modo legittimo di acquisto (Vedi sopra, § 63).

a) Persona capace.

§ 79. La legge dichiara incapaci di acquistare da sè tutti quelli che sono privi di volontà razionale, come gli alienati di mente, eccettuato i casi nei quali la volontà non contribuisce all'acquisto: (esempigrazia nell'acquisto che dell'eredità legittima fanno gli *heredes sui et necessarii* (*Instit.*, § 3, *de hered quæ ab int. def.*, III, 1; fr. 63, *Dig. de adq. vel omitt. hæred.*, XXIX, 2). In diritto Antico l'abbiamo detto, i *peregrini* non potevano acquistare il dominio quiritario di fondi italici, quando per speciale concessione non avessero avuto il *commercium* (Ulp., XIX, 4). I tutori ed i curatori (lo vedemmo) non possono per regola acquistare i beni dei loro pupilli e sottoposti (fr. 34, § 7, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 5, § 2, 6; fr. 6, *Dig. de auct. tut.*, XXVI, 8). I governatori delle provincie, ed i loro ufficiali subalterni, non potevano acquistare per atti *inter vivos* gli immobili situati nella provincia ove esercitavano l'ufficio loro (*cost. un.*, § 2, *Cod. de contract. judic.*, I, 53; fr. 62, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 48, *Dig. de adquir. rer. dom.*, XLI, 1). Durante il regno dei primi imperatori, i *cœlibes* e gli *orbi* non potevano ricevere donazioni *mortis causa:* incapacità che cessò sotto il governo degli imperatori cristiani (fr. 9, 20, *Dig. de donat. mortis causa*, XXXIX, 6). Fra marito e moglie non si può verificare acquisto per donazione. Gli Isdraeliti e gli Eretici furono dichiarati incapaci di divenire proprietari di uno schiavo cristiano; i Manichei non ebbero facoltà di donare, di comprare, di vendere, e generalmente di contrattare (*cost.* 1, 2, *Cod. de christianum*, I, 10; *cost.* 4, *Cod. de hæreticis*, I, 5). Nel diritto Antico non si ammetteva, che si potesse acquistare per mezzo di un altro. Il cittadino non poteva essere rappresentato; ognuno poteva e doveva agire, contrattare, acquistare, soltanto per sè. Il *paterfamilias,* è vero, acquistava per mezzo delle persone sottoposte alla sua *potestas*, alla *manus*, al *mancipium:* ma ciò derivava dal principio fondamentale nella prisca legislazione romana, che queste persone non potevano avere nulla di proprio: *qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* (Gajo, II, § 87), laonde quello che acquistavano l'acquistavano pel *paterfamilias* dal quale dipendevano: *acquiritur autem nobis* (dice Ulpiano nelle sue regole) *etiam per eas*

personas quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta, acceperint aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet (Ulp., XIX, 18); regola dominante era dunque, lo ripetiamo, che *per extraneam personam nihil adquiri posse.* Tuttavolta ammesso il principio (Paolo, V, 2, 2), sanzionato dalla sopraricordata costituzione di Settimio Severo (*cost.* 1, *Cod. de acquir. et retin. poss.*, VII, 32), che si potesse acquistare il possesso per *liberam personam*, *veluti per procuratorem* (*Instit.*, § 5, *per quas pers. nob. acquirit.*, II, 9; fr. 53, *Dig. de acquir. rerum dom.*, XLI, 1; *cost.* 1, *Cod. per quas pers. nob. acquir.*, IV, 27), siccome nel maggior numero dei casi, in cui per divenire proprietari è necessario un atto positivo di acquisto, quest'atto consiste nel prendimento di possesso della cosa di cui si vuole acquistare il dominio, così implicitamente fu ammesso che eziandio il dominio per mezzo di un procuratore, persona libera ed estranea, potesse venire acquistato (vedi Maynz, *Elem. di D. Rom.*, § 180, vol. I).

b) Cosa idonea.

§ 80. Cioè suscettiva di divenire obietto di proprietà privata. Vedemmo che tali non sono le *res extra commercium* (intesa la parola *commercium* non nell'antico significato tecnico, ma nel significato volgare di *commerciabilità*) finchè conservano questo loro carattere. In gius Nuovo più non esistendo l'antica differenza fra i fondi di suolo italico e di suolo provinciale, tutti i fondi indistintamente possono essere obietto di dominio.

c) Modo legittimo di acquisto.

§ 81. La teorica comunemente insegnata dagli interpreti del diritto Romano, che qualunque acquisto del dominio esige un *titulus,* causa remota dell'acquisto, ed un *modus*, causa prossima, è teorica che non merita accoglienza. In alcuni casi, egli è vero, si possono distinguere quei due elementi; verbigrazia, negli acquisti per tradizione, che sono il modo più frequente di acquistare la proprietà, la consegna della cosa (*modus adquirendi*) non basta; è necessario che esista un motivo il quale induca il tradente a trasferirci la proprietà; e questo motivo può essere

considerato come il *titulus* o causa remota: ma in altre specie di acquisto cotale distinzione non può esser fatta; a modo di esempio nell'*occupazione* (che consiste nel prendimento di possesso di una cosa *nullius*, con l'animo di farla propria) invano si cercherebbe una causa remota, un *titulus;* nè si obietti che nell'occupazione il *titulus* risiede nel disposto della legge, la quale riconosce efficacia giuridica alla occupazione: imperocchè nella tradizione bisognerebbe allora distinguere tre elementi; 1° la legge che attribuisce alla vendita, alla donazione, od a consimili atti, virtù di servire di base all'acquisto della proprietà, (e questa sarebbe una *causa remotissima*); 2° il motivo intenzionale che c'induce a fare la tradizione (*titulus o causa remota*); 3° finalmente la consegna della cosa (*causa proxima*, *modus acquirendi*). Dalle quali osservazioni si raccoglie che la teorica in esame, per mancanza di generalità di applicazione, vuole essere rifiutata.

§ 82. Molte distinzioni si fanno intorno ai modi di acquistare il dominio; noi ci limiteremo a riferire le più importanti.

a) Importanza pratica non ha, almeno in gius Nuovo, la distinzione che Gajo ed i compilatori delle Istituzioni imperiali fanno fra i modi di acquistare il dominio, in *modi juris civilis e modi juris gentium* (Gajo, II, 65; *Instit.*, § 11, *de rer. divis. et acq. rer. dom.*, II, 1; fr. 23 *pr.*, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1; fr. 1, *pr.*, *Dig. de acq.*, *rer. dom.*, XLI, 1), secondo che derivano dall'*jus civile*, o dall'*jus gentium*. È stato creduto da molti, che i modi *juris civilis* fossero i soli idonei a fare acquistare il *dominium ex jure quiritium*, e che i modi *juris gentium* facessero avere la cosa soltanto *in bonis;* ma a quest'opinione, che, non vuolsi negarlo, a prima giunta attrae e seduce, non si puo tranquillamente sottoscrivere. Infatti, almeno ai tempi di Gajo e di Ulpiano, la *tradizione* modo di acquisto proprio del diritto delle genti, faceva acquistare il *dominium ex jure quiritium delle res nec mancipi;* e l'*occupazione,* modo ugualmente naturale di acquisto si riconobbe sempre essa pure come abile a fare acquistare quel dominio quiritario (Gajo, IV, 16; fr. 1, § 1, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; *Instit.*, § 17, *de rer. div.*, II, 1).

b) L'acquisto del dominio può derivare da atti *inter vivos* e da atti *mortis causa. Mortis causa,* come da testamento, da codicillo, da legato o da donazione *mortis causa; inter vivos* come da contratto o da patto, congiunti con la tradizione.

c) Il dominio può acquistarsi, come qualunque altro diritto a *titolo universale* (*per universitatem*) ed a *titolo singolare* (*in singulam rem, acquisitio rerum singularum*). Avendo spiegato altrove questa nomenclatura (vedi *Introduz.*, sez. IV, § 227, lett. *a*) *b*), non ripeteremo qui le nostre parole. Tanto gli acquisti per atti *inter vivos*, quanto quelli per atti *mortis causa*, possono essere a *titolo universale* ed a *titolo singolare*. Il legato esempigrazia, è un modo di acquisto a *titolo singolare mortis causa*, mentre la costituzione della dote, è un modo di acquisto a *titolo singolare inter vivos;* la successione ereditaria è un acquisto a *titolo universale mortis causa*, la confisca è un acquisto a *titolo universale inter vivos*. La confisca è in gius Nuovo il solo esempio di un modo di acquistare a *titolo universale, inter vivos*. Nel gius Antico ne occorrevano parecchi esempi, di alcuni dei quali abbiamo già parlato, come l'*arrogazione*, la *conventio della moglie* nella *manus del marito*, l'acquisto dei beni della donna *ex senatusconsulto Claudiano* (vedi sopra, § 66, n. 5, § 112, 152), ed altri ancora che dovremo indicare in seguito.

d) Comunemente dagli odierni commentatori del diritto Romano, i modi di acquistare il dominio a *titolo singolare inter vivos* vengono distinti in *originari e derivativi* (vedi *Introduz.*, sez. IV, § 227, n. I). *Originari* quando acquistasi il dominio di una cosa indipendentemente da traslazione che altri ne faccia, come, per esempio, l'occupazione. *Derivativi* viceversa quando l'acquisto dipende da traslazione, come p. e., la tradizione. Nell'esporre le diverse maniere di acquistare il dominio a titolo singolare *inter vivos*, noi non seguiteremo questa distinzione perchè estranea alla terminologia romana: piuttosto adotteremo la distinzione di modi di acquisto propri del diritto Civile, e modi di acquisto propri del diritto delle Genti, la quale distinzione comunque in gius Nuovo sia senza dubbio puramente dottrinale, ha almeno un fondamento nelle Fonti del nostro diritto. [1]

[1] La proprietà secondo il nostro Codice si acquista:
1° Per Accessione (art. 444 e seg.).
2° Per Occupazione (art. 710, e seg.).
La proprietà, e gli altri diritti sulle cose, si acquistano e si trasmettono:
1° Per Successione.
2° Per Donazione.
3° Per effetto di Convenzioni.
4° Per mezzo della Prescrizione (art. 710).

CAPITOLO III.

MODI DI ACQUISTARE IL DOMINIO SECONDO IL DIRITTO CIVILE.

§ 83. Un'enumerazione completa dei modi di acquistare il dominio non occorre in nessun luogo delle nostri Fonti. Ulpiano nelle sue regole ne enumera parecchi (XIX, 2), e molti più Teofilo nella sua parafrasi greca delle Istituzioni (II, 2 *prin.*, e II, 9, 6): Cicerone (*Topica,* 5, *de harusp. resp.,* 7) e Varrone (*de re rustica*, II, 10, 4), ne ricordano anch'essi non pochi: e non sono, a vero dire, questi scrittori neppure concordi nello indicare quei modi; ma ciò si può spiegare ripensando al tempo diverso in cui scrivevano; onde alcuni di quei modi nell'epoca di taluno fra questi scrittori forse non erano ancora conosciuti; e nell'epoca di tal altro, altri dei modi stessi probabilmente erano già andati in disuso. Tuttavolta sembra che i modi di acquistare il dominio, propri del diritto Civile, fossero: la *mancipatio,* la *in jure cessio*, la *sub corona emtio*, la *bonorum sectio,* l'*adjudicatio,* la *lex*, l'*usucapio.*

§ 84. I) *Mancipatio.* Più volte abbiamo dovuto parlare della *mancipatio* e descriverla (vedi specialmente il § 117, del libro I); ed abbiamo detto come essa si eseguisse alla presenza di cinque testimoni puberi e cittadini Romani (*classici testes*) e d'una sesta persona avente le stesse qualità, che teneva una bilancia, e però chiamavasi *libripens.* L'acquirente (*qui mancipio accipit*) nel ghermire la cosa diceva *hanc ego rem,* (oppure *hunc ego hominem etc.*), *ex jure quiritium meam esse ajo*, *eaque mihi emta est, hoc ære æneaque libra,* e battendo con un pezzo di bronzo sulla bilancia (*rauduscolo libram ferito*), lo dava come prezzo dell'alienazione all'alienante. Le cose mobili dovevano essere presenti, e dovevano essere prese e mancipate ad una ad una. Gli immobili furono forse rappresentati se rustici, da una zolla; da un embrice, se urbani: allorquando si ammise che essi pure potessero essere obietto di mancipazione. Una sola *mancipatio* si adoperò poi, ancorchè si volessero alienare più immobili insieme, e sebbene questi fossero situati in luoghi diversi. - Negli ultimi

tempi assisteva alla *mancipatio* un *antestatus:* costui era una persona che veniva interpellata perchè osservasse che tutto procedesse in regola, e la quale da questa interpellazione (*antestari aliquem*) ripetè il suo nome. – La *mancipatio* non importava necessariamente il prendimento di possesso (*apprehensio*), la tradizione ne era un atto distinto (Gajo, IV, 131). – La *mancipatio* trasferiva la proprietà *ex jure quiritium;* era adoperata specialmente per le *res mancipi*, ma non era vietato di applicarla anche ad altre cose, purchè suscettibili di divenire obietto di proprietà quiritaria. Le parti potevano aggiungere alla *mancipatio* convenzioni verbali (*lex mancipii*) le quali avevano forza obbligatoria (*uti lingua nuncupassit*, *ita jus esto*).

§ 85. II) *In jure cessio.* - Eziandio della in *jure cessio* fu altrove dato un idea (vedi il § 94, lett. c) del libro I). Ripetiamo qui per maggiore chiarezza, che essa si eseguiva *in jure,* dinanzi al pretore. Comparivano alla sua presenza il proprietario che voleva alienare, e colui che voleva farsi acquirente. Quest' ultimo si faceva attore, e pronunziava le parole della *rei vindicatio,* l' alienante taceva, talchè il pretore aggiudicava all' attore la cosa (Gajo, II, 24; Ulp., XIX, 9). Era dunque questa un' imitazione della procedura, che si praticava nella vera *rei vindicatio.* Il pretore giudicava come se la questione fosse vera, e la sua sentenza aveva ugualmente effetto pienissimo (*pro veritate habetur*). - Mentre la *mancipatio* era applicabile soltanto alle cose *corporali,* la *in jure cessio* lo era anche alle *incorporali*, specialmente alle servitù ed ai diritti di famiglia (Ulp., XIX, 11), e questa è la ragione con la quale si spiega la coesistenza di cotali due modi di acquistare il dominio *ex jure quiritium.* Non deve poi far meraviglia se talvolta la *in jure cessio* occorre applicata a trasferire il dominio di cose, che avrebbero potuto essere trasferite con la semplice consegna (*traditio*); anche oggi, infatti, si fanno in *forma pubblica* certi istrumenti, che potrebbero farsi *in forma privata,* col solo scopo di dare maggiore autenticità ai medesimi. - Tanto la *mancipatio,* quanto la *in jure cessio,* furono modi di acquisto anteriori alla legge Decemvirale, confermati da quella legge, modi che, come dimostrammo, implicavano l' intervento della pubblica autorità (Cic., *De off.,* III, 16; *Vatic. fragm.,* 50), modi non praticabili dai *peregrini*, nè applicabili alle cose non suscettive di divenire proprietà *ex jure quiritium* (Gajo, II,

27, 31). - Per queste cose, alle quali non era stato esteso il *commercium* (nel senso tecnico della parola), si adoperava la *tradizione* se corporali, o la *semplice convenzione* se incorporali (GAJO, II, 31). La *mancipatio* e la *in jure cessio* perderono la loro importanza, e andarono in disuso quando il *dominium ex jure quiritium* non fu più valutato: furono supplantate dalla tradizione.

§ 86. III) *Sub corona emptio.* I prigionieri di guerra erano pubblicamente esposti in vendita, cinto il capo di una corona; di qui il nome della compra che se ne faceva direttamente dallo Stato, il quale ne trasmetteva la proprietà quiritaria nel compratore senza bisogna di tradizione.

§ 87. IV) *Bonorum sectio.* I beni pervenuti nello Stato, per conquista (*predæ*), o per condanna (*bona publicata*), o perchè rimasti vacanti (*bona vacantia*), venivano pubblicamente venduti. Ordinariamente questi beni si vendevano al maggiore offerente come una *universitas*, lasciando poi la cura della partizione dei medesimi al compratore, chiamato *sector;* ma potevano ancora essere venduti, oggetto per oggetto alla spicciolata, dopo che gli amministratori dell'erario avessero da sè fatto la *sectio bonorum.* Questa vendita si faceva in un luogo ove era innalzata un'asta (*sub hasta*), simbolo della proprietà quiritaria, onde la voce *subhastatio;* e siccome tal vendita si faceva al maggiore offerente, fu pure detta *auctio.* Le voci *auctio* e *subhastatio,* per indicare vendite fatte nel pubblico interesse e perciò fatte pubblicamente, rimangono nel linguaggio giuridico Giustinianeo: non già la locuzione *bonorum sectio.* E tutte quelle vendite non sono più un modo *speciale* di acquistare la proprietà; ciò non pertanto la compra delle cose pervenute al fisco per confisca (*bona publicata*), e dei beni vacanti (*bona vacantia*), è uno speciale modo di acquisto pel quale la proprietà passa nel compratore senza tradizione fr. 54 *pr., Dig. de hered. petit.,* V, 3).

§ 88. V) *Adjudicatio.* - Si intende per aggiudicazione, l'attribuzione che nei giudizi divisorii viene fatta a ciaschedun condomino o coerede, di una parte materiale della cosa da dividersi, in surrogato della parte ideale che aveva sulla medesima. Spiegheremo in seguito le regole che il giudice deve seguitare nei giudizi divisorii, sia che abbiano per scopo la divisione di una eredità fra più coeredi, *familiæ erciscundæ*, o di una cosa comune fra più condomini, *communi dividundo,* o l'apposizione dei confini

fra fondi limitrofi, *finium regundorum*. L'aggiudicazione è un modo speciale di acquistare il dominio, perocchè per essa ognuno dei condividenti acquisti la quota che gli viene aggiudicata senza bisogno di tradizione (ULP., XIX, 16; *Instit.*, § 7, *De officio judicis*, IV, 17). Era comune alla *res mancipi* ed alle *nec mancipi* (ULP., XIX, 8). Pare che in gius Antico l'aggiudicazione facesse acquistare la proprietà *quiritaria* soltanto nei *legitima judicia;* cioè quando l'*judex* era nominato *ex lege:* non nell'*judicium imperio continens,* vale a dire quando giudicava in forza del potere derivante dall'*imperium* proprio del magistrato; in quest' ultimo caso l'aggiudicazione conferiva una proprietà *bonitaria* soltanto (*Vat. fragm.*, 47; fr. 44, § 1, *Dig. fam. erc isc.,* X, 2). - Mediante l'aggiudicazione l'aggiudicatario acquista la proprietà della parte materiale assegnatagli nella cosa divisa, se questa veramente spettava ai condividenti: altrimenti acquista unicamente la *conditio usucapiendi* (fr. 17, *Dig. de usurpat.,* XLI, 3).

§ 89. VI) *Lex*. - Ulpiano nelle sue regole (XIX, 2) ricorda ancora la legge come un altro modo civile di acquistare il dominio. Probabilmente sotto questo nome si comprendevano tutti i casi nei quali la proprietà passa da un individuo ad un altro in conseguenza di una disposizione legislativa, senza bisogno di alcun fatto positivo, o di un atto di volontà dell'acquirente. Esempi, nel gius antico, di questo modo di acquisto sono: il *caducum* e l'*ereptorium*, non che il *legatum per vindicationem*. - *Caducum*, significava tuttociò che era stato lasciato per testamento o per legato ad una persona celibe o senza figli, e che per disposto della *lex Julia et Papia Poppea* non veniva acquistato dall'erede istituito o dal legatario. - *Ereptorium,* dicevasi tutto quello che veniva tolto ad un erede o ad un legatario, perchè indegno di riceverlo. Ma di questo e del *legatum per vindicationem,* daremo spiegazioni trattando delle successioni ereditarie. In gius Nuovo nei casi in cui un proprietario perde involontariamente la sua proprietà, che passa per disposto di legge ad altri, il dominio si acquista per quest'ultimo *lege:* come p. e. avviene a chi ha tentato defraudare i diritti della dogana; costui perde a favore degli appaltatori della medesima, od a favore del fisco (*publicani, fiscus*), gli oggetti che voleva sottrarre al pagamento della gabella, *commissa* (fr. 14, *Dig. de public. et vectig. et commis.,* XXXIX, 4; *cost.* 2, *Cod. de vectig. et commis.,* IV, 61).

§ 90. VII) *Usucapio.*[1] – L'usucapione è un *modo di acquistare il dominio di una cosa che ha già padrone, mediante il possesso della medesima protratto durante il tempo, e con le condi-*

[1] L'articolo 2105 del Codice definisce la prescrizione: un mezzo pel quale *col decorso del tempo*, e *sotto condizioni determinate*, taluno *acquista* un *diritto*, od è *liberato da una obbligazione*. Da queste parole deriva la distinzione che fanno, fra prescrizione *acquisitiva*, e prescrizione *estintiva*. Ma checchessia della esattezza scientifica della riferita definizione, la quale attribuisce *al tempo* effetti che non può avere (vedi Savigny, *Sistema di diritto Romano*, vol. IV, § 177, e vol. V, § 237 e seg.), egli è certo:

1° che la proprietà di una cosa, o un diritto reale sopra una cosa, possono acquistarsi col possesso non interrotto protratto durante un certo tempo, e 2° che i diritti patrimoniali, e le relative azioni *personali* e *reali* si estinguono per la inazione e pel silenzio non interrotti, di chi aveva il diritto di esercitarli.

Nel primo caso si dice, che vi ha prescrizione *acquisitiva* (l'*usucapio* dei Romani); nel secondo, prescrizione estintiva la (*præscriptio* dei Romani). Egli è vero, che quando taluno acquista per prescrizione la proprietà di una cosa altrui, quegli a carico del quale si compie la prescrizione, perde la proprietà della medesima; perocchè due proprietà contemporanee *sopra una cosa stessa, e per intiero,* sono incompatibili; attalchè la prescrizione che è *acquisitiva* per una persona, riesce *estintiva* per l'altra; ma comunemente riserbano il nome di *prescrizione estintiva* a quella che ha soltanto per effetto l'estinzione delle azioni reali e personali.

Il Codice determina molte regole generali comuni alla prescrizione acquisitiva ed alla estintiva, le quali sono le seguenti:

1° Non si può rinunziare alla prescrizione, se non quando essa è già compiuta (art. 2107).

2° La rinunzia alla prescrizione può essere *espressa* e *tacita*, ed è *tacita* quando resulta da un fatto il quale sia incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (art. 2111).

3° Chi non può alienare non può rinunziare alla prescrizione (art. 2108).

4° Il giudice non può supplire di uffizio alla prescrizione non opposta (art. 2109).

5° I creditori e qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione, possono opporla, nonostante che il debitore o proprietario vi renunzi (art. 2112).

6° La prescrizione si può opporre anche in appello se chi aveva diritto di opporla non vi ha rinunziato (art. 2110).

7° La prescrizione non ha lungo riguardo alle cose che non sono in commercio (art. 2113).

8° Lo Stato pei suoi beni patrimoniali, e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione, e possono opporla come i privati (art. 2114).

I) Regole speciali alla *prescrizione acquisitiva* sono le seguenti. Per *acquistare* mediante la prescrizione è necessario il concorso delle seguenti condizioni:

A) *Cosa idonea.* — Non si prescrivono: 1° Le cose che *non sono in commercio* (art. 2113). Il Codice non le enumera, ma tali sono senza dubbio i beni *demaniali* dello Stato (art. 427), i beni di *uso pubblico* dei Comuni e delle provincie (art. 432), e le cose che non possono essere obietto di proprietà o privata o pubblica (art. 690).

2° Non si prescrivono le cose possedute *vi*, o *clam*, finchè la violenza e la clandestinità non sieno cessate (art. 689): non si acquista per prescrizione il diritto di fare gli atti meramente facoltativi, e quelli di semplice tolleranza (art. 688).

3° Non si prescrivono le cose possedute in nome altrui, dal possessore nè dal suo successore a titolo universale. Possiedono in nome altrui il conduttore, il depositario, l'usufruttuario e generalmente coloro che ritengono *precariamente* la cosa (art. 2115). Per altro se il titolo del loro possesso si trovasse mutato o in forza delle opposizioni da loro fatte contro il diritto

zioni prescritte dalle leggi. (fr. 3, *Dig. de usurpat. et usucap.*, XLI, 3). È importante esaminare le origini istoriche di questa istituzione. La traslazione del dominio delle *res mancipi* opera-

del proprietario o per causa proveniente da un terzo, potrebbero prescrivere le cose già possedute in nome altrui (art. 2116).

4° Non si acquistano mediante prescrizione le servitù *continue non apparenti*, e le servitù *discontinue* (art. 630).

5° Non si acquistano per prescrizione le cose ed i diritti: fra i conjugi; fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta; fra il minore o l'interdetto, ed il suo tutore, finchè non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; fra l'erede e l'eredità accettata col benefizio di inventario; fra le persone che per legge sono sottoposte all'amministrazione altrui, e quelle a cui l'amministrazione è concessa (art. 2119); fra queste persone non corre prescrizione.

6° Non si acquistano per prescrizione le cose dei minori non emancipati e degli interdetti per infermità di mente, durante la loro sottoposizione alla patria potestà, o tutela; nè a loro carico si acquistano diritti; nè le cose dei militari in servizio attivo, in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno; non si acquistano il fondo dotale proprio della moglie, e il fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio (art. 2120). Contro queste persone e sulle indicate cose, nelle epoche ora accennate, non corre prescrizione. Per altro le cose immobili ed i diritti reali a carico delle persone indicate sotto questo numero (6°) possono acquistarsi con la *prescrizione trentennale*, dal *terzo possessore* di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile (art. 2121). È questa una notevolissima deviazione del Codice Civile italiano, dalle regole comuni ai Codici anche moderni, relativamente alla sospensione delle prescrizioni.

B) La seconda condizione della prescrizione acquisitiva è il *possesso legittimo*. Per acquistare mediante la prescrizione (dice l'art. 2106) è necessario un *possesso legittimo;* vale a dire un possesso *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco*, e con *animo di tenere la cosa come propria* (art. 686). Altrove abbiamo spiegato questi requisiti del possesso legittimo (vedi la nota al § 35, lib. II di questo I vol.). onde per evitare ripetizioni inutili, qui ne taceremo. Se non che noteremo che il possesso può essere interrotto (e con esso la prescrizione) o *naturalmente* o *civilmente* (art. 2123); *naturalmente* quando il possessore viene privato per più di un anno del godimento della cosa (art. 2124); *civilmente* in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente, o in forza di un precetto, o di un atto di sequestro intimato alla persona alla quale si vuole impedire il corso della prescrizione (art. 2125). Ma si ha come non interrotta la prescrizione, se la citazione o intimazione *è nulla*, o per incompetenza dell'uffiziale che l'ha eseguita, o per difetto di forma; o se l'attore recede dalla domanda; come pure se la domanda è perenta, o è rigettata (art. 2128). La prescrizione è pure interrotta *civilmente* quando il possessore *riconosce il diritto* di colui contro il quale è cominciata (art. 2129). Aggiungeremo che nessuno può *mentalmente* cangiare a se stesso la causa ed il principio del proprio possesso (art. 2118) quando sia quello un mutamento *arbitrario*. Diciamo *mentalmente*, perchè con opposizioni fatte al proprietario, (per esempio scacciandolo dal fondo) si può mutare la causa o il titolo del possesso (art. 2116); parliamo di un mutamento *arbitrario*, conciossiachè per causa proveniente dal *proprietario* (che per esempio ci venda la casa dataci in affitto) o anche per causa proveniente *da un terzo* (che per esempio ci venda una cosa sulla quale abbia un diritto plausibile di proprietà) si può mutare quella causa o quel titolo (art. 2116). Ricordiamo che quegli il quale ha cominciato a possedere con *violenza* o *clandestinità*, quando *queste sieno cessate*, può cominciare a possedere legittimamente (art. 689). Disposizione è questa importantissima, e con la quale il Codice nostro si allontana dal diritto Romano, pel quale chi aveva acquistato, per esempio mediante usurpazione il possesso di una cosa, non poteva usucapirla neppure cessata la violenza. Del resto si presume sempre che ciascuno possieda per se stesso ed a titolo di pro-

vasi a Roma (fu già ripetuto più volte) con l'intervento della nazione, o per meglio dire dietro il permesso della pubblica autorità (*mancipatio, in jure cessio*); ma la tacita annuenza della

prietario, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui; e quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non vi sia prova in contrario (art. 687).

C) La terza condizione della prescrizione acquisitiva è la *buona fede*. È possessore di *buona fede* chi possiede in forza di un titolo abile a trasferire la proprietà, del quale ignorava i vizi (art. 701). La buona fede è sempre presunta, e chi oppone la mala fede, deve provarla (art. 702). Basta così pel Codice nostro, come per diritto Romano che la buona fede vi sia stata al tempo dell'acquisto (art. 702, capoverso). Ma il decorso di *trent'anni* di possesso vieta di opporre il difetto di buona fede (art. 2135).

D) La quarta condizione della prescrizione acquisitiva è un *titolo debitamente trascritto, e* che *non sia nullo per difetto di forma*. Ma il decorso di 30 anni di possesso, vieta di opporre il difetto del titolo (art. 2135). Relativamente alle cose mobili per loro natura, ed ai titoli al portatore, il possesso anche istantaneo produce *pel possessore di buona fede* lo stesso effetto del titolo (art. 707). Ma se tali cose acquistate in buona fede, furono acquistate da persona che le rubò o da persona cui il ladro le trasmise o immediatamente o per interposta persona; oppure se sono cose che furono dal proprietario *smarrite*, il proprietario delle medesime ha *per due anni* azione contro l'acquirente in buona fede, per riaverle (art. 2146). Per altro se l'acquirente in buona fede della cosa rubata o smarrita, l'avesse comprata in una fiera o in un mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che facesse pubblico spaccio di simili oggetti, il proprietario non potrebbe ottenere la restituzione della cosa sua, se non rimborsando il possessore del prezzo che gli è costata (art. 709).

e) La quinta condizione della prescrizione acquisitiva è *il trascorso del tempo determinato dalla legge*. In *dieci anni* si acquista la proprietà degli *immobili* od i *diritti reali* sopra gli immobili (esempigrazia, l'usufrutto) quando esista nel possessore *buona fede*. ed egli abbia *un titolo* debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma. Questi *dieci anni* si computano dal dì della trascrizione (art. 2137). In *trent'anni* si acquistano le servitù continue ed apparenti, mancando un titolo o la destinazione del padre di famiglia (art. 629) e quella dell'acqua che sorge nel fondo superiore, nel quale da trent'anni si sono terminate opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, opere le quali abbiano servito all'uopo (art. 540 e 541). In *trent'anni* si acquista la proprietà di qualunque cosa *capace di essere prescritta*, senza che il possessore sia obbligato a giustificare verun titolo, e senza che gli si possa opporre il difetto di buona fede (art, 2120, 2121. e 2135). Il tempo più lungo supplisce al titolo, ed impedisce la prova della cattiva fede. Un istante di possesso in buona fede vale a fare acquistare la proprietà delle cose mobili per natura, e dei titoli al portatore, non rubati nè smarriti. Il Codice nostro dispone che il possesso attuale non faccia presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo; nel qual caso si presume che egli abbia posseduto dalla data del suo titolo, se non è provato il contrario (art. 692). Ma il possessore attuale che provi di aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto nel tempo intermedio, salva la prova del contrario (art. 691). Il possesso continua di diritto nella persona del successore a *titolo universale*, ma il successore a titolo universale non può prescrivere, se il suo autore possedeva in nome altrui (art. 693 e 2115). Il successore a *titolo particolare* può unire al proprio possesso quello del suo autore, per invocarne e goderne gli effetti (art. 693), purchè e l'uno e l'altro possesso non sieno viziosi; altrimenti può valersi soltanto del proprio non vizioso. Possono prescrivere coloro ai quali i conduttori, i depositari, ed altri possessori a titolo precario, hanno ceduto la *cosa a titolo di proprietà* (art. 2117); il titolo vizioso dei loro autori a titolo singolare, non nuoce a costo-

medesima al possesso pubblicamente e palesemente esercitato durante un certo tempo, di una *res mancipi* trasferita mediante la semplice *traditio*, poteva supplire alla mancanza di preventivo

ro, quando essi sieno in buona fede (art. 2134). Dalle cose fin qui discorse si rileva che il Codice ammette una prescrizione acquisitiva *decennale* di una cosa immobile o di un diritto reale sopra un immobile, quando esiste *buona fede*, e *titolo trascritto* nel possessore; ma non riconosce prescrizione *ventennale* per le cose stesse *fra assenti:* distinzione fra prescrizione decennale, e ventennale ammessa nel diritto Romano, e nel diritto Francese. Fu creduto forse dal legislatore nostro che i mezzi di comunicazione facilitati e moltiplicati, e le assenze prolungate divenute rare, rendessero inutile quella distinzione della prescrizione fra *presenti* e fra *assenti*.

Il Codice nostro non fa menzione di una prescrizione *acquisitiva. speciale ai mobili;* ed in ciò seguita l'esempio del Codice Francese, e si allontana dal diritto Romano che l'ammetteva *triennale*. Il Codice non fa menzione di una prescrizione acquisitiva speciale ai mobili, perchè per questi il *possesso istantaneo* produce pel possessore di *buona fede*, l'effetto stesso del *titolo* (art. 707). Chi ha ricevuto la consegna della cosa *a non domino*, se è *in buona fede*, ne acquista *subito* il dominio, col possesso acquista insieme la proprietà, ammenochè non si tratti di cosa derubata o smarrita (art. 708). Laonde mentre per acquistare il dominio degli immobili, o dei diritti reali sugli immobili, è necessario un possesso di dieci anni, quando esiste nel possessore *buona fede* e *titolo:* per acquistare la proprietà dei mobili per natura, o dei titoli al portatore, basta *un solo istante* di possesso, al possessore di *buona fede*. Se poi manca la buona fede, è necessario ricorrere alla prescrizione trentennale (art. 2135).

Finalmente è da osservare che il Codice nostro ammette *eccezionalmente*, una prescrizione acquisitiva *senza buona fede* mediante il possesso protratto durante *un anno*, a favore del proprietario del fondo, al quale si unì una parte del fondo altrui, avulso dalla violenza del fiume (art. 456).

(II) Adesso della *prescrizione estintiva* delle azioni *reali* e *personali*.

Tanto la prescrizione *acquisitiva*, della quale abbiamo parlato fin quì, quanto la prescrizione *estintiva* della quale andiamo a parlare hanno per ragione il bisogno di rendere stabili delle relazioni giuridiche incerte, suscettive di dubbi, e di precludere così l'adito a contestazioni future interminabili; ma mentre la prescrizione *acquisitiva* ha per giustificazione, la presunzione dell'abbandono del proprio diritto nella persona a carico della quale si compie, la prescrizione estintiva, specialmente nel Codice nostro, si giustifica ora come pena alla negligenza dello esercizio di un diritto, ora come presunzione di pagamento. In quest' ultimo aspetto (presunzione di pagamento) occorre nelle prescrizioni *più brevi*, contemplate negli articoli 2138, 2139, 2140 e 2143 del Codice stesso.

Ogni *prescrizione estintiva* esige che l'azione *sia nata*, che lo spazio di *tempo* fissato dalla legge sia trascorso, e che la prescrizione *non sia stata interrotta*. Il tempo necessario a prescrivere si computa nell' una e nell' altra prescrizione *acquisitiva*, ed *estintiva* nel modo stesso (art. 2133, 2134).

Due categorie di prescrizioni estintive distingue il Codice nostro:

A) la prescrizione trentennale.

B) le prescrizioni *più brevi* o contemplate nella sezione 3 del titolo 28 lib. III. art. 2138 e seg., o indicate in più luoghi dal Codice.

A) la prescrizione estintiva trentennale non corre fra quelle persone fra le quali non corre l'acquisitiva (art. 2119).

Non corre contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente, nè contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, ancorchè non assenti dal regno; non corre riguardo ai diritti condizionali sino a che la condizione non siasi verificata; e riguardo alle azioni in garanzia finchè non abbia avuto luogo l'evizione.

Riguardo ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine, non corre fino a che il termine non sia scaduto (art. 2120) la sospensione della

assenso: legittimava l'acquisto, ed abilitava il possessore a far propria *ex jure quiritium* quella cosa, che in conseguenza dell'illegittimo e difettoso modo di acquisto, sarebbe stata solamente

prescrizione estintiva a favore di uno dei creditori in solido, non giova agli altri (art. 2122).

Si interrompe la prescrizione estintiva come l'acquisitiva; ed è interrotta in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti ad un giudice incompetente, in forza di un precetto o di un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione, o di qualunque altro atto che lo costituisca in mora di adempiere l'obbligazione. La chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione, interrompe la prescrizione, semprechè la dimanda giudiziale sia fatta nel corso di *due mesi* dalla non comparsa davanti il conciliatore, o dalla non seguita conciliazione (art. 2125). Gli atti giudiziali intesi ad interrompere la prescrizione, ora ricordati (art. 2125) intimati ad uno dei debitori in solido, o la recognizione del diritto fatta da uno di questi, interrompono la prescrizione contro gli altri ed anche contro i loro eredi. Gli atti stessi intimati ad uno degli eredi del debitore in solido, o la recognizione del diritto fatta da questo erede, non interrompono la prescrizione riguardo agli altri coeredi, quantunque il credito fosse ipotecario, se l'obbligazione non è indivisibile. Tali atti o recognizioni non interrompono la prescrizione riguardo agli altri condebitori in solido, che per la parte di debito a carico dello stesso erede. Per interrompere totalmente la prescrizione riguardo ai condebitori in solido, si richiede l'intimazione degli atti summentovati a tutti gli eredi del debitore defunto, ovvero la ricognizione per parte di tutti questi eredi (art. 2130). Qualunque atto che interrompe la prescrizione a favore di uno dei creditori in solido, giova ugualmente agli altri creditori (art. 2131). L'intimazione di un atto d'interruzione al debitore principale, o la ricognizione da lui fatta del diritto, interrompe la prescrizione anche contro il fideiussore (art. 2132). Sulla prescrizione estintiva trentennale sono da vedersi gli articoli 515, 529, 597, 666, 943, 2030, 2135.

Le prescrizioni estintive *più brevi*, delle quali si occupa la sezione 3 del titolo 28, libro 3 del Codice, e le quali si giustificano con la *presunzione di pagamento*, sono le seguenti.

1° Si prescrivono col decorso di *sei mesi* le azioni degli osti, e dei locandieri per l'alloggio e le vivande che somministrano (art. 2138).

2° Si prescrivono col decorso di *un anno* le azioni dei professori, maestri e ripetitori di scienze lettere ed arti per le lezioni che danno a giorni o a mesi; degli uscieri, per la mercede degli atti che notificano e delle commissioni che eseguiscono: dei commercianti, per il prezzo delle merci vendute a persone che non ne fanno commercio; di coloro che tengono convitto o case di educazione e d'istruzione d'ogni specie, pel prezzo della pensione ed istruzione dei loro convittori, allievi, ed apprendenti; dei domestici, degli operai, e giornalieri pel pagamento dei salari, delle somministrazioni e loro giornate di lavoro.

3° Si prescrivono col decorso di *tre anni* le azioni dei professori, maestri e ripetitori di scienze, lettere ed arti, stipendiati ad un tempo più lungo di un mese; dei medici, chirurghi e speziali per le loro operazioni, visite e medicinali; degli avvocati, procuratori alle liti ed altri patrocinatori, pel pagamento delle loro spese e dei loro onorari; (i tre anni si computano dalla decisione della lite o della conciliazione delle parti, o della rivocazione del mandato: riguardo agli affari non terminati, essi non possono domandare di essere soddisfatti delle spese e degli onorari di cui fossero creditori da tempo maggiore di cinque anni); dei notai pel pagamento delle spese e degli onorari (i tre anni si computano dalla data dei loro atti); e finalmente degli ingegneri, degli architetti, dei misuratori e ragionieri pel pagamento dei loro onorari (i tre anni si computano dal compimento dei lavori). La prescrizione si compie in tutti questi casi, quantunque siavi continuazione di somministrazioni, di servigi, e di lavori. Non è interrotta se non quando vi è stato un riconoscimento del debito per iscritto o una domanda giudiciale non perenta (art. 2141).

in bonis. Il primitivo effetto dell' usucapione, fu senza dubbio la trasformazione della proprietà bonitaria in proprietà quiritaria. Ma l' usucapione fu ben presto estesa per analogia ad un altro caso, al caso cioè in cui la traslazione del dominio non fosse avvenuta per difetto di diritto nel tradente; in altri termini fu considerata come un modo di acquistare la proprietà per chi aveva avuto

Nondimeno quelli cui fossero opposte tali prescrizioni, possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono, per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito. Il giuramento può essere deferito alla vedova, se questa vi ha interresse, ed agli eredi, ovvero ai tutori di questi ultimi se sono minori, per accertare se abbiano notizia che il debito non sia estinto (art. 2142).

4 I cancellieri, gli avvocati, i procuratori alle liti, e gli altri patrocinatori sono liberati dal rendere conto delle carte relative alle liti *cinque anni* dopo che le medesime furono decise o altrimenti terminate.

5º Gli uscieri dopo *due anni* dalla consegna degli atti sono parimente liberati dal renderne conto. Ma tanto agli uscieri quanto ai cancellieri ec. può deferirsi il giuramento all' oggetto di far loro dichiarare se ritengono o sappiano dove si trovano gli atti e le carte (art. 2143).

6º Si prescrivono col decorso di *cinque anni* le annualità delle rendite perpetue e vitalizie; quelle delle pensioni alimentarie; le pigioni delle case, ed i fitti dei beni rustici; gli interressi delle somme dovute, e generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno, o a termini periodici più brevi (art. 2144).

Queste prescrizioni più brevi corrono eziandio contro i militari in servizio attivo in tempo di guerra, e contro i minori non emancipati e gli interdetti, salvo il loro regresso verso il tutore (art. 2145).

Altre prescrizioni estintive più brevi di 30 anni sanziona il Codice in più luoghi; le quali prescrizioni o di diritti o di azioni vanno sottoposte altresì alle regole che particolarmente le riguardano (art. 2146). Alcune di queste sono già state da noi ricordate nei debiti luoghi, altre lo saranno; qui però crediamo non inutile citarle in un riassunto, fatto secondo l' ordine del tempo necessario a compierle.

Si prescrivono dunque i diritti o le azioni in *tre giorni* (art. 1958, nº 9) in *quindici giorni* art. 1513, 1958 nº 3) in *un mese* (art. 406) in *quaranta giorni* (art. 961, 1505, 1958, nº 3) in *sessanta giorni* (art. 1419) in *due mesi* (art. 166, 167) in *tre mesi* (art. 112, 166, 952, 960, 1505, 2057) in *quattro mesi* (art. 1662) in *sei mesi* (art. 109) in *un anno* (art. 54, 104, 963, 1082, 1478, 1505, 1544) in *due anni* (art. 1531, 1639, 1646) in *tre anni* (art. 977) in *cinque anni* (art. 1037, 1090, 1300, 1516, 1518) in *dieci anni* (art. 309, 1197, 1414, 1544, 1639, 1919, nº 5).

Abbiamo detto che tutte le prescrizioni acquisitive possono considerarsi come estintive in quanto fanno cessare l' azione in *rivendicazione* che competeva al primitivo proprietario, o la sua azione *negatoria;* sotto tale aspetto queste azioni si prescrivono in *un anno* (art. 456) in *due anni* (art. 2146) in *dieci anni* (2137) in *trent' anni* (art. 541, 629, 985, 2135).

Imprescrittibili dichiara il Codice le azioni seguenti. Quella del figlio per reclamare lo stato legittimo (art. 177) del coniuge per impugnare il matrimonio dell' altro coniuge (art. 113). Imprescrittibile è l' azione negatoria contro le pretese *servitù discontinue* e contro le *continue non apparenti*, dacchè l' articolo 630 dichiara che non possono stabilirsi senza titolo, e che il possesso benchè immemorabile non basta a stabilirle.

Imprescrittibili sono le *azioni divisorie* in questo senso, che per qualunque tempo sia durata una comunione, si ha sempre diritto di ottenerne lo scioglimento (art. 684, 984).

Nella nostra nota sulle obbligazioni naturali, abbiamo indicato i motivi pei quali riteniamo, che (meno espressa disposizione di legge in contrario) la prescrizione estintiva, estingua oltre l' azione reale o personale, eziandio il diritto che l' azione è intesa a far valere.

una cosa in buona fede, e con giusto titolo, da chi, non essendo proprietario della medesima, non poteva trasferirne in altri il dominio (Gajo, II, 41, 43, III, 80; Ulp., I, 16; *Instit. prin., de usucap.*, II, 6; fr. 2, § 15, 16, *Dig. pro emtore*, XLI, 4). Questo secondo effetto dell'usucapione, fu posteriore a quel primo: ne fu una estensione operata in conseguenza di un'applicazione per analogia dell'istituzione in discorso. Antichissima deve essere l'origine dell'usucapione, e forse fu coeva col primitivo diritto Romano: tuttavia il più vetusto monumento legislativo che ce ne dia qualche contezza, è la legge delle XII Tavole. Per questa legge è ordinato, che i *fondi* si acquistino con un possesso continuo protratto durante *due anni;* le *altre cose* tutte, mediante il possesso continuo di *un anno* (Gajo, II, 42, 54; Ulp., XIX, 8; *Instit. de usucap. pr.*, II, 6). La legge decemvirale non dava il titolo di *usucapio* a questa istituzione, invece la chiamava *usus-auctoritas*. Sul significato non bene certo di tal nome, molto hanno questionato gli eruditi; vi fu chi sostenne che voglia dire *autorità di uso*, cioè dominio di una cosa per averla posseduta; altri credè che stia ad indicare, che il decorso dello spazio di tempo prescritto dalla legge aveva per effetto di aggiungere al fatto del possesso (*usus*), la protezione legale accordata al proprietario (*auctoritas*); ed altri ancora, che il possesso (*usus*) dà all'acquirente una garanzia assoluta, di modo che non abbia più bisogno di ricorrere alla garanzia personale del suo autore (*auctoritas*). La seconda fra le riferite opinioni è per avventura la migliore: almeno ci appaga più delle altre.

§ 91. L'*usucapio* richiedeva le seguenti condizioni:

1.) il *commercium* nell'acquirente: i peregrini non potevano usucapire: *adversus hostes, æterna auctoritas esto* (Cic., *De off.*, I, 12; Gajo, II, 65).

2.) il *commercium* nella cosa, vale a dire che la cosa potesse essere obietto di proprietà *ex jure quiritium*, e che non fosse di quelle cose fuori del diritto privato (*extra commercium*). Quindi non potevano essere usucapiti i fondi provinciali, le cose sacre, le cose religiose, le cose pubbliche, gli uomini liberi (Gajo, II, 46, 48; *Instit.*, § 1, *de usucap.*, II, 6; fr. 45 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Ai tempi di Gajo e di Ulpiano, tanto le *res mancipi*, quanto le *nec mancipi* potevano essere usucapite; ma è da credere che in origine quelle prime soltanto, fos-

sero suscettive di usucapione (Ulp., XIX, 8; Gajo, II, 43). Per espresso disposto della legge decemvirale non erano cose usucapibili:

a) il luogo ove era un sepolcro, e la strada che vi conduceva (*bustum et forum*).

b) i cinque piedi (*quinque pedes*), che intercedevano fra gli *agri limitati* (Cic., *De leg.*, I, 21; II, 24; Fest. *h. v.*).

c) le *res mancipi*, che una donna sottoposta alla tutela degli agnati avesse alienato senza l'*auctoritas* del tutore (Gajo, II, 47).

d) le cose furtive (*res furtivæ*), non solo pel ladro ma anche per un terzo possessore di buona fede. La legge *Atinia* dell'anno 557 confermò la proibizione di usucapire le cose furtive, e introdusse il principio che il vizio *reale* inerente alle medesime, sarebbe sparito se fossero rientrate nel dominio del padrone dopo il furto (Gajo, II, 45; *Instit.*, § 1, 2, *de usucap.*, II, 6; fr. 4, § 6; fr. 33 *pr.* e § 2; fr. 42, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 215, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Pare che la legge *Atinia* contemplasse tanto le cose mobili quanto le immobili; ma quando fu riconosciuto il principio, che le cose immobili non possono essere obietto di furto, restava nella legislazione una lacuna per queste, la quale fu colmata dalle leggi *Plautia et Julia* (fr. 33, § 2, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3); queste leggi vietarono la usucapione degli immobili, dei quali il padrone avesse perduto il possesso *vi*, *res vi possessæ* (Gajo, II, 45; *Instit.*, § 2, 8, *de usucap.*, II, 6). Il servo fuggitivo non poteva essere obietto di usucapione, essendo considerato come *res furtiva;* lo riguardavano come ladro della propria persona, a carico del padrone, *sui furtum facere intelligitur* (fr. 60, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

3. il *possesso continuo* dei *fundi* (sotto la qual parola *fundi* da primo non si intendevano compresi gli edifizi, ma in seguito vi si intesero compresi, come accessorii del terreno su cui si inalzano) protratto durante *due anni*, e protratto durante *un anno* per le cose mobili.

4. la *justa causa possessionis:* pare cioè che si esaminasse se il possesso della cosa che si pretendeva avere usucapito, avesse avuto una origine tale, da indurre buona fede nel possessore. — Ciò almeno si deduce dal vedere dichiarato espressamente in due casi eccezionali, che hanno l'impronta della più remota antichità,

non necessaria la buona fede, tali sono: l'*usucapio lucrativa pro herede*, e l'*usureceptio*.

a) L'*usucapio lucrativa pro herede* era quella che si compieva possedendo per un anno continuo una *eredità*, sebbene si avesse la certezza di non avere il diritto di possederla (Gajo, II, 52). Mediante quest'usucapione si acquistava in un anno il dominio non solo delle cose mobili, ma ancora delle immobili comprese nella medesima (Gajo, II, 53, 54). Quest'*usucapio*, (che si chiamò *lucrativa* perocchè procurasse un lucro a danno altrui), fu al dire di Gajo introdotta per obbligare gli eredi ad adire prontamente la eredità, e così per costringerli a pagare subito i creditori della medesima, ed a riprendere il culto delle cose sacre della famiglia del defunto (*sacra privata*, Gajo, II, 55). - Ma checchessia di ciò, egli è certo che quest'*usucapio* venne ben presto riconosciuta come immorale (*improba*). Un'importante limitazione alla medesima fu conseguenza della regola giuridica, già da noi citata in materia di possesso, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest:* conciossiachè chi avesse posseduto cose ereditarie a titolo di deposito, di imprestito o di affitto non potè più cominciare di proprio arbitrio a possedere *pro herede*. Adriano in seguito permise al vero erede di sperimentare la *hereditatis petitio* contro chi avesse preso clandestinamente possesso delle cose ereditarie (Gajo, II, 57), e finalmente Marco Aurelio dichiarò che era delitto *expilatæ hereditatis* qualunque prendimento arbitrario di possesso delle cose ereditarie, eseguito con animo di far lucro (*Dig.*, *tit. expilatæ hereditatis*, XLVII, 19). - Così ebbe fine la *usucapio lucrativa pro herede*.

b) L'*usureceptio* era il riacquisto con l'*usus* di una cosa appartenuta a chi ne ritornava in possesso. Chi, esempigrazia, aveva mancipato ad un altro una cosa *cum fiducia* (cioè col patto che gli sarebbe stata remancipata), ne riacquistava la proprietà se tornatone in possesso, la possedeva durante un anno, non altrimenti che se la cosa gli fosse stata effettivamente remancipata (Gajo, II, 59). Una specie particolare di *usureceptio*, era quella detta *ex prædiatura*. Ecco il caso in cui si verificava: se lo Stato vendeva una cosa oppignoratagli per garantirgli il pagamento delle imposizioni (*ob vectigale*), e la vendeva con la condizione che cotal vendita dovesse essere considerata come risoluta quando il debitore avesse pagato: il debitore pagando il compra-

tore della cosa sua (*prædiator*) o lo Stato, acquistava in *bonis* la cosa oppignorata: ma per riacquistarne la proprietà *ex jure quiritium*, doveva possederla durante *due anni* (GAJO, II, 61). In gius Nuovo la *usureceptio* è sparita.

§ 92. La *usucapio* l'abbiamo veduto, non era applicabile ai *fondi provinciali*, nè era esercibile dai *peregrini*. Ma ancora per quelli e da questi era sentito il bisogno di un'istituzione che rimediasse ad un difettoso modo di acquisto, ed assicurasse la proprietà a chi lungamente aveva posseduto. - A provvedere a siffatto bisogno i pretori coi loro Editti provinciali (in epoca che non sappiamo precisare) introdussero una nuova istituzione, poi confermata ed esplicata dagli imperatori, che ebbe nome di *longi temporis præscriptio*. Chi aveva acquistato con buona fede e giusto titolo un fondo provinciale, che non era nel dominio bonitario di chi glielo aveva trasferito, possedendolo per lungo tempo conseguiva il diritto di respingere l'azione del proprietario con una *exceptio temporalis*, detta *præscriptio longi temporis*. Il *longum tempus*, forse in origine non uguale in tutte le provincie, fu poi stabilito dalle costituzioni imperiali in maniera uniforme (fr. 76, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII,) cioè, 10 anni se l'attore ed il reo convenuto abitavano nella stessa provincia, *inter præsentes*, e 20 anni se abitavano provincie diverse, *inter absentes*. Pare che primitivamente la *longi temporis præscriptio* non desse altro che una *securitas possessionis*, garantisse cioè soltanto il possesso (fr. 5, § 1, fr. 12, *Dig. de divers. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost.* 7, *Cod. quib. non objicitur*, VII, 35; *cost.* 1, 2, *Cod. si adv. credit*, VII, 36; *cost.* 7, *Cod. de præscr.*, XXX, *vel.*, XL, *ann.*, VII, 39), ma a poco a poco, e probabilmente per l'analogia che aveva con l'*usucapio* le fu quanto agli altri effetti parificata. - E come nell'usucapione, così si cominciò ad esigere in chi invocava questa *præscriptio:*

a) un possesso continuo, protratto per 10 o 20 anni (*diutina possessio*).

b) un giusto principio nel possesso (*justum initium possessionis*), vale a dire buona fede fondata sopra un giusto titolo (PAOLO, V, 2, 4; *cost.* 2, 4, 5, 8, 9, 11, *Cod. de præscript. longi temp.*, VII, 33), talchè le *res furtivæ* furono imprescrittibili (fr. 45 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; *cost.* 1, *Cod. de servis fugit.*, VI, 1). La *præscriptio* in discorso, istituita per i fondi provinciali, fu dagli imperatori estesa alle cose mobili e perfino ai fondi ita-

lici (fr. 9, *Dig*, *de divers. temp. præscript.* XLIV, 3; *cost.* 3, *Cod. quib. non objicitur,* VII, 35; *Nov.* 119, c. 7).

§ 93. Confrontando la *usucapio* con la *longi temporis præscriptio,* è dato riconoscere che le più notevoli differenze fra loro erano le seguenti:

a) La usucapione era un mezzo di acquistare il dominio, attalchè compiuta la medesima, si aveva la *rei vindicatio.* La *longi temporis præscriptio* in origine fu soltanto un modo di respingere l'azione del proprietario bonitario; ma comunque non lo sappiamo con sicurezza, pure tutto autorizza a ritenere che in seguito se il possessore avesse perduto il possesso della cosa, con la *publiciana in rem actio*, potesse ripeterla dalle mani del terzo possessore ugualmente di buona fede e con giusto titolo; e che compiuto il termine a prescrivere, potesse non solamente opporre la *longi temporis præscriptio* come eccezione, bensì ancora fondare sulla medesima un'azione (*cost.* 8, *Cod. de præscript.,* 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39; fr. 10, *Dig. si serv. vindic.*, VIII, 5).

b) Mediante l'usucapione si acquistava il dominio della cosa con gli oneri esistenti sulla medesima, attalchè p. e. se un creditore aveva su quella un diritto di pegno o di ipoteca, lo conservava anche dopo l'usucapione (fr. 44, § 5, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). La prescrizione al contrario, valeva oltre che contro il proprietario, eziandio contro chi avendo un *jus in re* sulla cosa (come un diritto di pegno o di ipoteca) non lo avesse esercitato (fr. 12, *Dig. de div. temp. præscript.,* XLIV, 3).

c) L'usucapione non era interrotta durante la lite cui l'azione del proprietario dava luogo, laonde poteva esser compiuta durante il processo, purchè prima della sentenza, ed in vero l'usucapione essendo un acquisto per l'uso, seguitava eziandio durante la lite (fr. 2, § 21, *Dig. pro emtore*, XLI, 4; fr. 2, *Dig. pro donato,* XLI, 6; fr. 18, *de rei vindicat.,* VI, 1). La prescrizione per lo contrario essendo un mezzo di opporsi all'azione, era interrotta se al momento della procedura nel quale avrebbe dovuto essere opposta, il reo convenuto non aveva per anco compiuto quel tempo di possesso richiesto a poterla opporre (*cost.* 10, *Cod. de præscript. longi temp.,* VII, 33).

§ 94. Le differenze, che abbiamo ora accennate, fra l'usucapione e la prescrizione erano ben piccola cosa, attalchè divenuti tutti gli abitanti dell'impero cittadini Romani, ed uguagliati nelle

condizioni giuridiche il suolo italico ed il suolo provinciale, le due istituzioni potevano facilmente essere fuse insieme: e Giustiniano operò cotale fusione riducendole ad una sola, cui aggiunse qual complemento la *longissimi temporis præscriptio*, che Teodosio II, aveva creato un secolo innanzi, e della quale tratteremo poco più sotto.

§ 95. Per unificare le due istituzioni, la usucapione e la prescrizione, Giustiniano abolì l'antica usucapione degli immobili, ma ne attribuì gli effetti alla *longi temporis præscriptio* : lasciò in vigore l'usucapione dei mobili, ma per metterla in più giusta proporzione quanto al tempo necessario a compierla con la *longi temporis præscriptio*, ne prolungò la durata da *un* anno a *tre* (*cost. un.*, *Cod. de usucapione transformanda*, VII, 31; *Instit. prin.*, *de usucap.*, II, 6; TEOFILO, *h. t.*). A coloro che non potevano giovarsi nè della usucapione, nè della *longi temporis præscriptio*, accordò in sussidio la *longissimi temporis præscriptio*, la quale produce gli stessi effetti dell'usucapione allorquando il possessore è in buona fede. Altrimenti se manca la buona fede, vale come eccezione, cioè serve a respingere la *rei vindicatio* senza essere un mezzo di acquistare il dominio (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscript.*, 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39). Ecco dunque, come il sistema di Giustiniano si compendia:

a) Chi in *buona fede e per un giusto titolo possiede una cosa suscettiva di essere usucapita, per* 3 *anni se mobile, per* 10 *anni fra presenti e* 20 *fra assenti se immobile*, ne acquista il dominio mercè l'*usucapio* nel primo caso, e la *longi temporis præscriptio* nel secondo.

b) Chi senza tutte le indicate condizioni possiede *in buona fede* una cosa durante 30 anni, ne acquista il dominio con la *longissimi temporis præscriptio*.

c) Finalmente chi *non possiede in buona fede* può dopo 30 anni opporre la *longissimi temporis præscriptio*; ma essa non è un mezzo di acquistare il dominio della cosa posseduta, vale soltanto come eccezione per respingere *la rei vindicatio*. La prescrizione *longi* o *longissimi temporis* che vale a fare acquistare il dominio, chiamasi dagli odierni interpreti del diritto Romano, prescrizione *acquisitiva*; quella *longissimi temporis*, che vale ad estinguere la *rei vindicatio* del proprietario, dicesi *estintiva*. – È opportuno indicare l'origine di quest'ultima. – Nel diritto Antico

le azioni erano per regola *perpetuæ*, e soltanto per eccezione nelle azioni pretorie, il Pretore stabiliva un termine (ordinariamente un anno *utilis*), dentro il quale dovevano essere intentate, sotto pena che il reo convenuto opponesse una *exceptio* o *præscriptio temporalis* con la quale le paralizzava: queste si chiamavano *actiones temporales* (Gajo, IV, 110; *Instit. de perpet. et temp. act.*, IV, 12). – Governando gli imperatori, fu stabilito che le azioni *in rem* dovessero essere intentate dentro 10 anni fra presenti e dentro 20 fra assenti (fr. 76, § 1, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; Paolo, V, 2, § 3, 4, 5). Questo spazio di tempo fu chiamato *longum tempus*. Teodosio II, in ultimo ordinò, che il più lungo spazio di tempo, durante il quale si potesse intentare una azione fosse di 30 anni (*longissimum tempus*). Per questa disposizione (*cost. un.*, *Cod. Theod. de actionibus certo tempore finiendis*, IV, 14, riferita nel Codice Giustinianeo quale *cost.* 3, *de præscript.* 30 *ann.*, VII, 39), tutte le azioni divennero *temporarie*, perchè decorsi i termini ora descritti, poterono essere paralizzate dalla prescrizione estintiva; tuttavolta si continuarono a chiamare azioni *perpetue* quelle che tali erano in antico, ma che, dopo Teodosio, si estinsero scorsi 30 anni: *temporali* le altre.

§ 96. A parlare esattamente quella prescrizione, che i pratici chiamano *acquisitiva* anderebbe detta *usucapione*, e quella che chiamano *estintiva* anderebbe detta *prescrizione;* questi nomi ricorderebbero meglio l'origine e la natura speciale delle due Istituzioni; ma nelle compilazioni Giustinianee di ordinario si dice *usucapione* quella dei *mobili*, *prescrizione* quella degli *immobili;* e quest'ultima si distingue in prescrizione di *lungo* e di *lunghissimo tempo*. Noi non seguiteremo siffatta nomenclatura testuale, adottando invece quella che abbiamo indicata come più giusta ed esatta, e diremo: *usucapione ordinaria* quella che vale a fare acquistare il dominio in 3 anni per i mobili, in 10 od in 20 per gli immobili; *usucapione straordinaria*, quella che a produrre l'acquisto del dominio esige un tempo più lungo; finalmente diremo *prescrizione* quella estintiva delle azioni.

§ 97. In gius Nuovo sono requisiti dell'usucapione ordinaria:

I. *Res habilis*, ossia una cosa suscettiva di essere usucapita; tali non sono le cose *extra commercium* (Gajo, II, 48, *Instit.*, § 1, *de usucap.*, II, 6; fr. 9, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3), e tali pure non sono:

a) le *res furtivæ* (*Instit.*, § 2, 5, *de usucap.*, II, 6; fr. 4, § 22, 25, 28; fr. 33 *pr.*, e § 2 *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Non solo non può usucapirle il ladro, ma neppure il terzo acquirente di buona fede. Questa è la ragione per la quale le cose furtive difficilmente si usucapiscono; infatti per diritto Romano ogni qualvolta fu scientemente venduta o altrimenti alienata una cosa altrui, vi è furto (*Instit.*, § 3, *de usucap.*, II, 6; fr. 24, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Ciò non pertanto (e lo avvertono le Istituzioni imperiali) anche di queste cose l' usucapione può verificarsi (*Instit.* loc. cit. § 4, 5, 6). Ed in vero se un erede credendo ereditaria una cosa prestata, depositata o data a nolo al defunto, la aliena a qualcheduno che la riceve in buona fede, quest' ultimo la usucapisce, perchè questa non è cosa furtiva. Lo stesso si dica se un usufruttuario di una schiava, credendo sua proprietà il parto della medesima o lo vende o lo dona: quell' usufruttuario non commette furto, perocchè furto non può esistere *sine affectu furandi*, e questo manca in chi come quell' usufruttuario è in buona fede (fr. 36, § 1, e 37, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3. - Esempi consimili sarebbero l' alienazione delle cose ereditarie fatte da chi in buona fede si crede erede, o di cose occupate nell' opinione che il proprietario delle medesime l' abbia abbandonate (fr. 36, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 4, *Dig. pro derelicto*, XLI, 7). Il vizio inerente alle cose furtive si cancella soltanto col loro ritorno in mano del proprietario (*Instit.* § 8, *de usucap.*, II, 6; fr. 4, § 6; fr. 24, § 1, *Dig. de usurp.*, XLI, 3; fr. 215, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Alle cose furtive, per gli effetti dell' usucapione, furono parificate dalla *lex Julia repetundarum*, i donativi ricevuti da un magistrato contro il divieto di essa legge (fr. 8, *Dig. de lege Julia repetundarum*, XLVIII, 11).

b) Le cose immobili *vi possessæ* (*Instit.*, § 7, *de usucap.*, II, 6; fr. 4, § 22 e 25, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3), ma Giustiniano limitò l' incapacità di usucapirle al primo acquirente di buona fede: di modo che se un terzo di buona fede acquistasse da lui, potrebbe compiere l'usucapione sulle medesime (*Nov.* 119, cap. 7).

c) Gli immobili alienati da un possessore in mala fede, all' insaputa del proprietario (*Nov.* 119, cap. 7; *Auth. malæ fidei possessore. Cod. de præscript. longi temp.*, VII, 33). – La *Novella* 119, cap. 7, statuisce intorno a questi immobili, che se il possessore primitivo era di cattiva fede, chi di buona fede acquista da lui non potrà usucapirli in 10 anni fra i presenti e 20 fra

gli assenti, se non nel caso in cui il proprietario conosciuta l'alienazione ed i suoi diritti sulla cosa alienata, abbia serbato il silenzio. Ma se il proprietario non conobbe quell'alienazione, l'acquirente potrà usucapire soltanto mediante il possesso di 30 anni.

d) dietro la considerazione che permettendo ad altri di usucapire una cosa, si viene ad alienare la medesima (fr. 28 *pr.*, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 12, *Dig. de public. act.*, VI, 2), fu proibita l'usucapione di quelle cose che per legge è proibito di alienare, come p. e.:

1° le cose dei pupilli durante l'impubertà (*cost.* 3 e 7 *prin.*, *Cod. de præscript., 30 vel 40, ann.,* VII, 39; *Nov.* 22, cap. 24), e:

2° le cose dei minori, alienate senza l'osservanza delle formalità volute dalla legge (*cost.* 3, *Cod. quib. non objicit. longi temp. præscript.*, VII, 35; *cost.* 5, *Cod. in quib. caus. in int. rest. neces. non est*, II, 41);

3° i beni componenti il *peculio avventizio* dei figli di famiglia durante la patria potestà (*cost.* 4, *in f. Cod. de bonis quæ liberis,* VI, 61; *cost.* 1, § 2, *Cod. de annali except.,* VII, 40; *Nov.* 22, cap. 24);

4° i *fundi dotales* durante il matrimonio (fr. 16, *Dig. de fundo dotali*, XXIII, 5; *cost.* 30, *Cod. de jure dotium,* V, 12);

5° le cose litigiose (GAJO, IV, 117; *fragm. de jure fisci,* § 8; fr. 13, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 1, § 2, *Dig. quæ res pign. obl. non poss.,* XX, 3; fr. 1 *pr.*; fr. 22 *pr.*, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14; *cost.* 2 e 4, *Cod. de litigiosis*, VIII, 37);

6° le cose alienate in spreto della volontà del testatore, e con danno dei terzi; tali sono p. e. le cose lasciate in legato a taluno, e che l'erede incaricato del legato invece di consegnare al legatario, aliena; come pure le cose che il tutore di un erede impubere aliena sebbene il testatore ne avesse vietato l'alienazione (*cost.* 3, § 3, *Cod. comm. de legatis*, VI, 43; *cost.* 2, *Cod. de usucap. pro emptore,* VII, 26);

e) l'antico divieto che le cose dello Stato passassero in proprietà privata, fu esteso alle cose del fisco ed al patrimonio particolare del principe, laonde furono le une e le altre sottratte all'usucapione ordinaria (*Instit.* § 9, *de usucap.*, II, 6; fr. 18, 24, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; *cost.* 1, 2, 3, *Cod. ne rei domi-*

nicæ, VII, 38; *cost.* 11, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61, *cost.* 2, *Cod. de fund. et salt. rei dom.*, XI, 66);

f) gli immobili della Chiesa e delle cause pie, non che dei municipi (*Nov.* 111, *Nov.* 131, c. 6; fr. 9, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; *cost.* 2, *Cod. ne rei domin.*, VII, 38);

g) i cinque piedi fra gli *agri limitati* (*cost.* 5, 6, *Cod. fin. regund.*, III, 39).

II. *Possessio*, ossia *fisica disponibilità della cosa corporale* congiunta con l'*animus domini;* laonde non possono essere usucapite quelle cose che non possono essere possedute (vedi sopra, § 30, lett. *a*), n. 2), e quelle che non si ha la coscienza di detenere (vedi sopra, § 130, lett. *a*), n. 3).

III. *Bona fides*, buona fede; cioè chi vuol prevalersi dell'usucapione, deve avere avuto il convincimento di acquistare la proprietà quando ha preso possesso della cosa: buona fede senza quel convincimento non può esistere. Chi *dubita* di avere acquistato la proprietà non ha convincimento, e perciò non può usucapire (*argom.* fr. 9, § 2, *Dig. de juris et facti ignorantia*, XXII, 6; fr. 32, § 1, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 43 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 6, § 1, fr. 14, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). Ma non importa che questo convincimento duri tutto il tempo del possesso, basta che esistesse quando fu cominciato; la malafede sopravvenuta non nuoce: *mala fides superveniens non nocet.* Tale è il principio del diritto Romano (*Instit.*, § 12, *de usucap.*, II, 6; fr. 48, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 15, § 2, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 2, § 13, 19; fr. 7, § 4, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 11, *Dig. de divers. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost. un.*, *Cod. de usucap. transform.*, VII, 31). La pratica seguitava il principio contrario del diritto Canonico, pel quale si esige la buona fede durante tutto il tempo del possesso (cap. 5, 20, X, *de præscritionibus*, 2, 26). Allorquando la cosa è acquistata in virtù di un contratto di compra e vendita, la buona fede deve esistere non solamente nel momento della tradizione, ma anche nel momento del contratto (fr. 48, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 2, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 7, § 16, 17, *Dig. de publ. in rem act.*, VI, 2); tuttavolta il tempo comincia a decorrere dal momento della tradizione (fr. 10 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3).

IV. *Justus titulus, justa causa possessionis.* – Ragionevole convincimento di avere acquistato il dominio non può aversi se

non quando la cosa fu acquistata per mezzo di un atto che in tesi generale sia idoneo a trasferirla, sebbene nel caso per qualche circostanza non abbia prodotto quell' effetto (*cost.* 6, *Cod. de ingen. manum.*, VII, 14; TEOFILO, *ad* § 3, *Instit. de interdictis*, IV, 15). La buona fede adunque, vale a dire il convincimento di avere acquistato il dominio, si fonda sopra un giusto titolo di acquisto. Il titolo non solamente sanziona la buona fede, ma la stabilisce finchè l'avversario non prova il contrario (*cost.* 30, *Cod. de evict.*, VIII, 45). Laonde la buona fede ed il giusto titolo sono intimamente collegati; il titolo è l'atto esterno che giustifica il possesso e rende plausibile la buona fede: anzi è molto probabile che in origine non si facesse questa sottile distinzione fra il titolo che prova la buona fede e la buona fede stessa, e che ambedue questi elementi andassero compresi sotto la denominazione generale di *justum initium possessionis*, o di *justa causa possessionis*. Esistono tanti *giusti titoli*, quanti sono i modi legittimi di acquistare la proprietà. Nelle Pandette sono esposti in tanti *tituli* separati del libro XLI.

a) *Pro emptore*, quando si è comprato, ma da chi non era proprietario, o da chi non era capace di alienare (*Dig. Tit. pro emptore*, XLI, 4; *Cod. tit. de usucapione pro emptore vel transactione*, VII, 26).

b) *Pro donato*, quando ci è stata donata una cosa da chi non era proprietario (*Dig.*, *Tit. pro donato*, XLI, 6, *Cod.*, *Tit. de usucapione pro donato*, VII, 27).

Pro legato, quando abbiamo ricevuto come legato una cosa che non apparteneva a chi ce la lasciava, o quando viziosa era la disposizione di ultima volontà, con la quale quella cosa ci veniva lasciata (*Dig.*, *Tit. pro legato*, XLI, 8, e specialmente fr. 4, 5, 6, 7, 9, *Dig. eod.*).

Pro dote, quando è stata data al marito in dote la cosa altrui (*Dig.*, *Tit. pro dote*, XLI, 9; *Cod.*, *Tit. de usucap. pro dote*, VII, 28).

Pro soluto, quando ci è stata data in pagamento la cosa altrui, od una cosa che non ci era dovuta (fr. 46, 48, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 3, § 21, *de acq. poss.*, XLI, 2).

Pro derelicto, quando ci siamo impadroniti di una cosa abbandonata da chi non ne era proprietario (*Dig.*, *Tit. pro derelicto*, XLI, 7; fr. 6, *Dig. eod.*).

Pro herede, quando si possiede un qualche oggetto appartenente ad una eredità nell'erronea opinione di essere eredi (fr. 33 *pr.*, § 1, *Dig. de usurpat.,* XLI, 3).

Pro suo. Qualunque possesso *ad usucapionem* a vero dire è *pro suo* (fr. 1 *pr.*, *Dig. pro suo*, XLI, 10), perchè per usucapire è necessario possedere per sè, *animo domini;* tuttavia questa qualifica viene data specialmente quando si possiede senza potere assegnare un titolo che abbia un nome speciale; come, p. e., se taluno cominciò a possedere una cosa altrui, per qualche errore scusabile, od in dipendenza di una decisione giudiciale (fr. 17, *Dig. de usurpat.,* XLI, 3), o di una divisione stragiudiciale (fr. 4; fr. 5, *Dig. pro suo,* XLI, 10), o di un giuramento (fr. 13, § 1, *Dig. de jurejurando,* XII, 2). – Il giusto titolo consistendo in un atto di acquisto, facilmente si intende che non può esistere se manca un atto che in tesi generale sia idoneo a far acquistare la proprietà. Laonde il giusto titolo è escluso dalla violenza, dalla clandestinità, dall'abuso di fiducia; ed un possesso *ingiusto* perchè cominciato *vi*, *clam, precario* non può produrre usucapione; anzi si dice che quel possessore ingiusto (*prædo*) possiede *pro possessore* (Gajo, IV, 144), e che non ha un *titulus usucapionis* (fr. 1 *pr.*, *Dig. pro dote*, XLI, 9). Il titolo pel quale si possiede non può essere mutato mentalmente dal possessore, quando sia quello un mutamento arbitrario: *nemo sibi ipse, causam possessionis, mutare potest;* e chi possiede una cosa a nome e per conto di un altro, si presume che possegga sempre pel titolo stesso. Ma è lecito al possessore, dimesso il primo possesso che aveva un titolo vizioso, cominciare un nuovo possesso con un titolo nuovo valido e legittimo. – Così p. e. la donazione che il marito fa alla moglie è un titolo nullo, ed essa sebbene sia in errore, errando in diritto non usucapisce la cosa donatale che al marito non apparteneva; ma se, morto il marito, ottiene dagli eredi in dono la cosa già da lei posseduta, può usucapirla (fr. 1, § 2, *Dig. pro donato,* XLI, 6). La *credenza* nel possessore di avere un titolo valido, può *talvolta* supplire la *realtà* del titolo: p. e. se il possessore erra nel *fatto e specialmente nel fatto altrui,* ed il suo errore non è così grossolano da dirsi inescusabile. Diciamo *talvolta*, dacchè per regola l'errore sulla esistenza di un titolo è inescusabile, o per servirci della frase consacrata dall'uso, il *titolo putativo* non è un *titulus usucapionis*

(*Instit.*, § 11, *de usucap.*, II, 6; fr. 27, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 2 *pr.*, § 2, 6, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 1 *pr.*, *Dig. pro donato*, XLI, 6; fr. 6, *Dig. pro derelicto*, XLI, 7; fr. 2, *Dig. pro legato*, XLI, 8; *cost.* 4, *Cod. de usucap. pro herede*, VII, 29). Ma si fa eccezione a questa regola, se l'errore sull'esistenza del titolo è un *errore di fatto*, e specialmente di *fatto altrui*. Esempigrazia se taluno avesse incaricato altri di comprargli una cosa, e tal mandatario ad insaputa del mandante se la fosse procurata in modo illecito per appropriarsi il prezzo: il mandante potrebbe usucapire, quando fosse di buona fede, sebbene avesse un titolo putativo (fr. 11, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 5, *Dig. pro suo*, XLI, 10; fr. 4, *Dig. pro legato*, XLI, 8). *L'errore di diritto* non giustifica la opinione di essere proprietari; laonde se taluno suppose *valido* un titolo che tale non era secondo le disposizioni della legge, egli non può profittare di questo errore agli effetti dell'usucapione (fr. 31, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Ed esemplificando, chi acquistasse da un pupillo credendo che le leggi civili lo autorizzassero ad alienare senza l'*auctoritas* del tutore, non usucapirebbe (fr. 2, § 15, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). L'errore nel titolo prodotto da cause innocenti, non giova al possessore se egli *non dimostra* che ha errato, e che l'errore dipendeva dalla causa che egli allega (cit. leg. 2, § 15, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 31, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3).

V. *Continuità del possesso durante il tempo prescritto dalla legge*. Questo tempo è di 3 anni pei mobili, e di 10 per gli immobili (*cost. un.*, *Cod. de usucap. transf.*, VII, 31; *Instit. prin. de usucap.*, II, 6). Tale spazio di tempo di 10 anni è raddoppiato, e così è di 20, quando chi usucapisce abita in provincia diversa da quella abitata dalla persona a carico della quale avviene l'usucapione, *inter absentes* (*cost.* 12, *Cod. de præscript. longi temp.*, 10 *vel* 20, *ann.*, VII, 33). Se queste due persone hanno abitato parte di tempo nella stessa provincia, parte in provincie diverse, si fa un calcolo misto, contando due anni di assenza come equivalenti ad un anno di presenza (*Nov.* 119, cap. 7 e 8). Il computo del tempo nella usucapione è quello *civile* (a differenza del computo stesso nella prescrizione estintiva delle azioni) talchè: *dies incæptus pro jam completo habetur* (fr. 15, *pr.*, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; fr. 6, 7, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Durante il tempo richiesto dalla legge a compiere l'usuca-

pione, il possesso deve essere continuo (fr. 3, *Dig. de usurpat. et usucap.*, XLI, 3; cost. 2, *Cod. de præscript. longi temp.*, VII, 33), cioè senza interruzione (*usurpatio*). Manca la continuità del possesso ogni qualvolta il possessore perde la fisica disponibilità della cosa, o non vuol più possedere, *usurpatio naturalis* (fr. 5, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 7, § 4, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; fr. 5, *Dig. pro donato*, XLI, 6). Non importa che la fisica disponibilità sia stata perduta in conseguenza di un illegittimo spoglio; basta che spoglio si sia verificato, perchè il possesso abbia perduto la sua continuità. Il possessore restituito al possesso del quale era stato spogliato, per usucapire deve contare gli anni dal dì del recuperato possesso; deve inoltre dimostrare la sua buona fede in quel momento, e non può giovarsi del tempo anteriore allo spoglio; deve insomma dimostrare di avere cominciato e compiuto una nuova usucapione (fr. 15, § 2, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 7, § 4, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). È interrotta la continuità del possesso ancora quando contro il possessore viene intentata la *rei vindicatio* (*usurpatio civilis*). In gius Antico, l'abbiamo detto poco sopra, la *rei vindicatio* del proprietario non interrompeva l'usucapione, mentre interrompeva *la longi temporis præscriptio*. Fuse insieme le due istituzioni, fu deciso che la *rei vindicatio* interrompesse la usucapione (*cost.* 10, *Cod. de præscript. long. temp.*, VII, 33; *cost.* 3, *Cod. de annal. except.*, VII, 40; *cost.* 2, *Cod. ubi in rem act.*, III, 19), ma di fronte soltanto a quella persona che la intenta (fr. 18, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; *cost.* 2, 3, *Cod. de annal. except.*, VII, 40). Contro l'assente si interrompe l'usucapione da esso cominciata, con una protesta fatta dinanzi all'autorità competente, o dinanzi dei *tabularii*, o in loro mancanza, dinanzi testimoni (*cost.* 2, *Cod. de ann. except.*, VII, 40). Il tempo necessario ad usucapire principia a decorrere dal momento che si è cominciato a possedere; se non che l'erede fu ammesso a continuare l'usucapione del suo autore, forse dietro la considerazione che egli, come successore *a titolo universale,* continua la personalità del defunto cui succede: perciò l'erede non computa il tempo dall'istante del suo possesso, ma da quello del suo autore (fr. 30, *Dig. ex quib. caus. maj.*, IV, 6; fr. 20, 40, *Dig. de usurpat,* XLI, 3; fr. 2, § 19, *Dig. pro empt.*, XLI, 4; fr. 23 *pr.*, fr. 30, § ,5 *Dig. de adq. possess.*, XLI, 2). Lo stesso motivo a vero dire non militava pel successore a titolo

singolare; ciò non pertanto per ragioni di equità, gli venne accordato la facoltà di aggiungere il possesso del suo autore al proprio, *accessio possessionis* (*Dig.*, *Tit. de divers. temp. prescript. et access. possess.*, XLIV, 3). Da questa differenza fra il successore a titolo universale, ed il successore a titolo singolare, derivano le conseguenze che appresso:

1° Chi succede per *universitatem* ad un possessore di buona fede, si giova del possesso del suo autore; e così acquista con l'usucapione, quand'anche esso successore nel momento della successione fosse in mala fede (*Instit*, § 12, *Dig. de usucap.*, II, 6; fr. 30, *Dig. quib. ex caus. major*, IV, 6; fr. 43 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 2, § 19, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). Ma per altro, non può usucapire tuttochè fosse in buona fede nel momento della successione, se il suo autore cominciò a possedere in cattiva fede; e così la cattiva fede del suo autore gli nuoce (*Instit.*, § 12, *de usucap.*, II, 6; fr. 4, § 15, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 11, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost.* 3, *Cod. comm. de usucap.*, VII, 30; *cost.* 11, *Cod. de acq. possess.*, VII, 32). Regole sono queste che evidentemente derivano come conseguenza logica dal principio, che il successore a titolo universale seguita l'usucapione del suo autore, perchè ne rappresenta e ne continua la persona. È dunque naturale, che se il defunto fu in buona fede, l'erede tutto che di cattiva fede, usucapisca; mentre se il defunto fu in cattiva fede, l'erede sebbene in buona fede, non usucapisca.

2° Il successore a titolo singolare che è in cattiva fede, non può mai prevalersi del possesso del suo autore, tuttochè quell'autore fosse in buona fede (fr. 13, § 1, 13, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 2, § 17, *Dig. pro emptore*, XLI, 4; *cost.* 1, *Cod. de præscr. longi temp.*, VII, 33). Se il suo autore fu in buona fede, ed egli pure lo è, può aggiungere al proprio possesso quello dell'autore; ma per altra parte la cattiva fede del suo autore non gli nuoce: talchè egli può benissimo cominciare a usucapire per conto proprio, se è in buona fede, non ostante la mala fede del suo autore.

§ 98. Sono requisiti della

Usucapione straordinaria.

I. ***Res habilis.*** Delle cose di cui con la usucapione ordinaria non può acquistarsi il dominio, con la straordinaria può essere acquistato: usucapione straordinaria, che il testo chiama *præscriptio longissimi temporis* (*cost.* 6, *Cod. fin. regund.*, III, 39; *cost.* 5, *Cod. in quib. caus in integr. rest. neces. non est.*, II, 41; *Nov.* 119, cap. 7). Tuttavia non possono usucapirsi mai le cose fuori di commercio, il fondo dotale, i beni componenti il peculio avventizio del figlio di famiglia finchè dura la patria potestà, i beni dei pupilli durante l'impubertà (GAJO, II, 48; *Instit.*, § 1, *de usucap.*, II, 6; fr. 9, 45 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; *cost.* 30, *Cod. de jure dotium*, V, 12; *cost.* 4 *in f.*, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61; *cost.* 1, § 2, *Cod. de annali exc.*, VII, 40; *Nov.* 22, c. 24; *cost.* 3, 7 *pr.*, § 1, *Cod. de præscr.*, 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39, *Nov.* 22, c. 24).

II. *Bona fides.* La buona fede si richiede qui come nella usucapione ordinaria, ma il possessore non ha bisogno di provare che ha acquistato il possesso in virtù di un giusto titolo, come deve provarlo nell'usucapione ordinaria (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39; *cost.* 14, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61). Il tempo più lungo supplisce al titolo; ma siccome la buona fede si fonda sul titolo, il tempo supplisce la prova della buona fede: e sta alla parte avversa che la impugna, a provare invece la mala fede del possessore.

III. *Possesso continuo, durante* 30 *anni,* senza distinzione fra mobili ed immobili (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscript.*, 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39). Sono necessari 40 anni per usucapire i beni del principe, gli immobili delle chiese, delle cause pie, e le cose *litigiose* (*cost.* 14, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61; *Nov.* 111, 131, cap. 6; *cost.* 9, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39; *cost.* 1, *Cod. de præscr. longi temp.*, VII, 33).

§ 99. L'usucapione così *ordinaria* come *straordinaria* è un mezzo di acquistare il dominio pel possessore, ed è per conseguenza causa di estinzione del dominio medesimo per l'antico proprietario; essendo impossibile che la cosa stessa sia nel medesimo tempo e per intiero proprietà di più persone. Fu detto sopra (§ 93, lett. *b*), che l'usucapione faceva nel gius Antico

acquistare il dominio della cosa con gli oneri esistenti sulla medesima, attalchè non si estinguevano, p. e., le ipoteche alle quali era obbligata (fr. 1, § 2, *Dig. de pignor.*, XX, 1; fr. 2, *Dig. pro herede*, XLI, 5; *cost.* 7, *Cod. de pignorib.*, VIII, 14), mentre la *longi temporis præscriptio* valeva eziandio a paralizzare l'azione ipotecaria, e rendeva così illusorio il diritto di pegno e di ipoteca (fr. 12, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost.* 19, *Cod. de evict.*, VIII, 45; *cost.* 7, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10; *cost.* 8, *Cod. de præscript.* 30 *vel* 40, *ann.*, VII, 39). Fuse insieme le due istituzioni, fu richiesto lo spazio di 10 o di 20 anni per estinguere la servitù e le ipoteche, talchè chi usucapisce il fondo lo usucapisce libero; ma la usucapione di 3 anni per le cose mobili non le libera dagli *jura in re* che posano su di loro.

§ 100. Il possesso di cattiva fede per qualunque tempo venga protratto, non può mai condurre all'acquisto del dominio: dà soltanto un'eccezione con la quale si paralizza *la rei vindicatio* (*cost.* 8, § 1, *Cod. de præscript.* 30, *vel* 40, *ann.*, VII, 39); laonde a torto gli espositori del diritto Romano attribuiscono a questa legislazione una *prescrizione immemorabile*, che senza titolo nè buona fede, possa fare acquistare i diritti esercitati per un tempo eccedente la memoria umana. Questa teorica con la indicata generalità, non deriva dalle nostre Fonti; essa è stata costruita dagli interpreti del diritto Romano, generalizzando alcune singolari disposizioni che si leggono nei fr. 2 *pr.*, § 8, *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione*, XXXIX, 3; fr. 3, § 4, *Dig. de aqua quotidiana et æstiva*, XLIII, 20; fr. 28, *Dig. de probationibus*, XXII, 3. In pratica per altro, la teorica dell'*immemorabile* era accolta e seguitata; ed a questa prescrizione venivano attribuiti effetti portentosi: perocchè si riteneva che essa facesse presumere il miglior titolo del mondo in chi era in possesso di una cosa, o nel quasi possesso (come dicevano) di un diritto qualunque. Valeva dunque come una presunzione di acquisto legale di un *diritto qualunque*, e veniva accordata sussidiariamente in quei casi, nei quali per circostanze speciali, non sarebbe stata ammissibile nè l'usucapione ordinaria, nè la straordinaria.

CAPITOLO IV.

MODI DI ACQUISTARE IL DOMINIO SECONDO IL DIRITTO DELLE GENTI.

§ 101. Tali sono: I. l'*occupatio*, II. la *traditio*, III. l'*accessio* IV. la *specificatio*, V. la *commixtio* e *confusio*, VI. la *fructuum perceptio*, VII. ed altri modi di minore rilievo.

I. OCCUPAZIONE. [1]

§ 102. L'occupazione è il *prendimento di possesso di una cosa nullius, eseguito con l'intenzione di acquistarne il dominio.* Tre sono dunque i requisiti dell'occupazione:

a) la qualità di *nullius* nella cosa; vale a dire deve essere tale che sebbene nel commercio degli uomini:

1° o non abbia mai avuto padrone;

[1] Intorno all'*occupazione*, il Codice civile italiano, nell'articolo 711, seguita i principii del diritto Romano, imperocchè dispone che le cose le quali *non sono, ma possono divenire proprietà di alcuno* si acquistano con l'occupazione; e fra queste enumera gli animali che formano oggetti di caccia o di pesca, il tesoro, e le cose *mobili* abbandonate, (*res derelictæ*). – Dichiara che l'esercizio della caccia e della pesca è regolato da leggi particolari (art. 712) ma che non è tuttavia lecito di introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia, contro il divieto del possessore (art. 712, capov.). Implicitamente ritiene la triplice distinzione romana degli animali in selvaggi, mansuefatti, e domestici, ogniqualvolta quanto ai mansuefatti, (ricordati espressamente) dispone che il proprietario dei medesimi ha diritto di inseguirli sul fondo altrui, salvo il risarcimento del danno cagionato al possessore; ma vuole che essi appartengano a chi li avrà *presi e ritenuti, se non sono reclamati* entro 20 *giorni*; questo diritto di insecuzione, quanto agli sciami di api deve essere esercitato entro 2 giorni: e quando il proprietario non li abbia entro 2 giorni inseguiti, od *abbia cessato durante 2 giorni d' inseguirli*, può il possessore del fondo ove si sono posati, prenderli e ritenerli (art. 713). Per altro è da osservare che i colombi, i conigli, e i pesci che passano ad un'altra colombaia, conigliera, o peschiera, si acquistano (secondo il Codice *per accessione*) dal proprietario di queste, quando non vi sieno stati attirati con arte o frode (art. 462).

Il Codice ammette la occupazione delle cose abbandonate (*res derelictæ*) limitandola alle *mobili* (art. 711). Ma dalle cose abbandonate bene distingue le *smarrite*. Anzi, quanto a quest' ultime, dispone che chi le trova debba *senza* ritardo consegnarle al sindaco del luogo ove le ha trovate (art. 715). Il sindaco rende nota la consegna fattagliene mediante pubblicazione nelle forme consuete che deve rinnuovarsi in due domeniche consecutive (art. 716). Passati due anni dal giorno della seconda pubblicazione, senza che si presenti il proprietario, la cosa, oppure il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesto la vendita, appartiene a chi l'ha ritrovata (art. 717). Il proprietario deve pagare a titolo di premio al ritrovatore, *se questi lo richiede*, il *decimo* della

2° o l'antico padrone l'abbia abbandonata, o a lui si sia sottratta da se medesima;

3° o non si sappia più chi ne fosse il padrone;

4° o la legge la consideri come senza padrone;

b) l'*apprensione effettiva,* eseguita con tutti i mezzi dei quali fu parlato nell'esporre i modi di acquistare il possesso;

c) l'*intenzione di acquistare il dominio* della cosa presa. Allorquando queste tre condizioni concorrono, l'occupante acquista il dominio: *quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* (fr. 3 *pr., Dig. de acquir. rer. dom.,* XLI, 1). Il dominio allora nasce dal possesso, come appunto diceva Nerva: *dominium ex naturali possessione cœpisse Nerva filius ait* (fr. 1, § 1, *Dig. de acq. pos.,* XLI, 2).

§ 103. Le cose senza padrone che vengono occupate, possono essere *animate* o *inanimate;* prima è da dire della

a) *Occupazione delle cose animate senza padrone.*

È questa l'occupazione di tutti gli animali selvaggi *quæ in terra, mari, cælo nascuntur* (*Instit.,* § 12, *de rer. divis.,* II, 1). Essa comprende la caccia, l'aucupio, e la pesca (*venatio, aucupium, piscatio*). Il diritto Romano riconosceva lecita a tutti la caccia e la pesca: ciònonpertanto il proprietario di un fondo poteva vietare a chiunque l'introdurvisi a cacciare; e chi avesse disprezzato tale proibizione poteva essere perseguitato, secondo le circostanze, o con l'*azione delle ingiurie* o con un interdetto *uti possidetis* o *unde vi* (fr. 1, *Dig. uti possid.,* XLIII, 17; fr. 11, *Dig. de vi et vi armata,* XLIII, 16), che potevansi intentare ancora contro chi avesse impedito arbitrariamente ad un altro di cac-

somma del prezzo comune della cosa ritrovata; ma ove tal somma o prezzo ecceda le 2000 lire, il premio pel soprappiù sarà solamente del *vigesimo* (art. 718).

Del tesoro il Codice dà una definizione simile alla romana, quando lo dice *qualunque oggetto mobile di pregio che sia nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di essere padrone* (art. 714). Alla pari del dritto Romano, il Codice dichiara il tesoro appartenere al proprietario del fondo in cui si trova; e se trovato nel fondo altrui, per *solo effetto del caso*, spettare per metà al proprietario del fondo ove fu trovato, e per metà al ritrovatore (art. 714).

I diritti sopra le cose gettate in mare, o sopra quelle che il mare rigetta, o sopra le piante e le erbe che crescono lungo le rive del mare, sono regolati da leggi particolari (art. 719).

Dell'occupazione *bellica* il Codice tace, forse reputandola incompatibile con gli odierni principii del diritto internazionale.

ciare in un luogo pubblico (fr. 13, § 7, *Dig. de injuriis,* XLVII, 10). L'animale selvaggio del quale il cacciatore si è impadronito, è sua proprietà sebbene l'abbia preso sul suolo altrui (fr. 3, § 1, fr. 5, § 2 e 3, *Dig. de acquir. rer. domin.,* XLI, 1; fr. 26, *Dig. de furtis,* XLVII, 2), perchè quest' animale era in libertà naturale, e per conseguenza *nullius*. Qualunque animale selvaggio da noi preso cacciando, rimane nostra proprietà finchè è in nostro potere, e quando fugge alla nostra custodia, recuperando la libertà naturale, cessa di essere nostro, e può come cosa *nullius* divenire nuovamente proprietà del primo occupante. Si ritiene che sia ritornato alla libertà naturale quando è sfuggito al nostro sguardo, o quando sebbene tuttora al nostro cospetto, *difficilis sit ejus persecutio* (GAJO, II, 67; *Instit.*, § 12, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 3, § 2; fr. 5, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Era questione se l'animale selvaggio ferito in modo da poterlo prendere, divenisse immediatamente proprietà del feritore; alcuni, fra i quali Trebazio Testa, pensavano (appunto come oggi i nostri cacciatori) che appartenesse al feritore, e tale fosse finchè esso lo perseguitava; altri credevano che non gli appartenesse ancora *quia*, (dicono le Istituzioni imperiali, che adottano quest' ultima opinione) *quia multa accidere solent, ut eum non capias* (*Instit.*, § 13, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 5, § 1, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1). Diviene l'animale selvaggio proprietà del cacciatore quando l'ha preso, con le mani o con le reti, o con altri arnesi venatorii, stabili ed idonei all' uopo (fr. 5, § 1; fr. 55, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *Instit.*, § 13, *de rer. divis.*, II, 1). Nelle Fonti del nostro diritto si considerano come animali selvaggi le api; esse ed i favi di miele che hanno prodotto, non appartengono dunque, a colui sull'albero del quale stanno, ma a chi prima avrà raccolto quelle api in un alveare ed occupato quei favi (*Instit.*, § 14, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 5, § 2, 3, 4, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1). Obietto di caccia o di pesca non possono essere:

1° gli animali *selvatici racchiusi strettamente*: quindi non possono esserlo i cervi, i cignali, le lepri che altri avesse racchiuso in uno steccato, i pesci che avesse posto in una sua vasca, le api che avesse riunito nei suoi alveari (fr. 3, § 14, *de acq. vel ammitt. poss.*, XLI, 2); la ragione ne è evidente: questi animali racchiusi così allo stretto non sono *nullius,* sono anzi nel dominio di chi li occupò, e li possiede.

2° gli animali *addomesticati finchè conservano l'abitudine del ritorno;* per conseguenza i pavoni, i piccioni, per servirci di esempi testuali, non possono essere obietto di caccia, finchè conservano la *revertendi consuetudo,* perchè fino allora non sono cose *nullius,* sono sempre nel nostro possesso, e per conseguenza nel nostro dominio (fr. 3, § 16, *de acq. poss.,* XLI, 2; fr. 5, § 5, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1; *Instit.,* § 15, *de rer. divis.*, II, 1; Gajo, II, 68; fr. 37, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

3° gli animali *domestici;* anche questi (p. e., le oche, le galline ec.), non possono essere presi alla caccia sebbene si sieno sottratti agli sguardi del proprietario, ed in qualunque luogo sieno andati; essi in fatti non divengono mai *nullius,* sebbene si sottraggano al possesso del proprietario; di essi non fu acquistato il dominio con l'occupazione, talchè quel dominio si perda con la perdita del possesso; laonde prenderli con animo di farne lucro sarebbe *furto* e non caccia (*Instit.,* § 16, *de rer. divis.,* fr. 5, § 6, *de acq. rer. domin.*, XLI, 1), come il prendere qualunque altra cosa altrui.

b) *Occupazione delle cose inanimate senza padrone.*

Questa specie di occupazione ha in diritto Romano il nome di *inventio.* Per essa si acquistano per esempio le gemme, le pietre preziose, i coralli, e simili altri oggetti trovati sul lido o nel fondo del mare, o in luogo che non abbia proprietario, quando lo Stato non abbia fatto una regalìa della pesca del corallo, delle perle ec. (*Instit.*, § 18, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 3, *Dig. de divis. rer.,* I, 8).

§ 104. Le cose abbandonate dal loro padrone divengono proprietà di chi le occupa. Affinchè queste cose abbandonate (*derelictæ*) divengano proprietà del primo occupante, è necessario che consti dalla volontà seria del loro primitivo proprietario di rinunziare alla proprietà delle medesime, mediante un atto esterno che quella volontà manifesti (*pro derelicto haberi*). Come p. e., il gettar via la cosa, o l'allontanarsi per sempre dall'immobile (*Instit.,* § 47, *de rer. divis.*, I, 2; fr. 1, e fr. 5, § 1, *Dig. pro derelicto,* XLI, 7). Non basterebbe a fare *derelicta* una cosa, come la semplice volontà interna (fr. 17, § 1, *Dig. de acq. poss.,* XLI. 2), così neppure il solo atto materiale del getto o dell'abbandono

(*Instit.*, § 48, *de rer. divis.*, II, 1), ma queste due circostanze debbono concorrere. Laonde non sono *res derelictæ:*

1° Le cose gettate al mare per alleggerire la nave, nè quelle dei naufraghi (*Instit.*, § 48, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 9, § *ult.*, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 21, § 1, 2, *de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 2, § 8, fr. 8, *Dig. ad leg. Rhod.*, XIV, 2; fr. 43, § 4, 11, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

2° Gli animali che ha rapito una fiera: p. e., l'agnella che il lupo sottrae (fr. 44, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 8, § *ult. Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

3° Le cose perdute per esempio lungo una via. I Proculeiani considerando la difficoltà di constatare in modo sicuro se una cosa fu veramente *derelicta* dal proprietario, ritenevano, che la proprietà della medesima rimanesse in chi l'abbandonò, fino al momento in cui altri l'occupasse (fr. 2, § 1, *Dig. pro derelicto,* XLI, 7). I Sabiniani all'opposto sostenevano che la perdita della proprietà si verificasse nel momento stesso dell'abbandono, e la loro opinione prevalse (*Instit.*, § 47, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 43, § 5, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; fr. 38, § 1, *Dig. de noxalib. act.*, IX, 4; fr. 2, § 1, *Dig. pro derelicto,* XLI, 7).

§ 105. Le cose rimaste tanto tempo nascoste, che non sia dato in alcuna guisa conoscerne il proprietario, sono appunto per questo considerate come *nullius*. Quindi anch' esse divengono proprietà dell'inventore, che primo le occupa. Fra queste merita speciale menzione il tesoro, che nel fr. 31, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1, è definito: *vetus pecuniæ depositio, cujus non extat memoria.* - Diverse, secondo i tempi, sono state le disposizioni del diritto Romano intorno alla questione a chi appartenga il tesoro trovato; sembra che un tempo fosse devoluto al fisco; poi al proprietario del terreno, ove fu trovato; in seguito in parte all'inventore in parte al fisco, (SVETONIO - NERONE, 31; TACITO *Ann.*, XVI, 1; fr. 3, § 10, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14; *cost.* 1 e 2, 3, *Cod. Theod. de thesauris,* X, 18; *cost. un Cod. Just. de thesauris,* X, 15), ma noi non ci faremo ad esporre tutte queste oscitanze della legislazione, e ci limiteremo ad indicare lo stato novissimo della medesima. Chi trova un tesoro nel proprio fondo, ne è proprietario assoluto, (*Instit.*, § 39, *de rer. divis.*, II, 1; *cost. un.*, *Cod. de thesauris*, X, 15); chi trova un tesoro nel fondo altrui, ne acquista la metà a titolo di occupazione, l'altra

metà è devoluta al proprietario del fondo a titolo di accessione (*Instit.* e *Cod*, l. cit.); ma se il fondo non ha padrone perchè *sacro* o *religioso*, l'inventore acquista la proprietà di tutto il tesoro (*Instit.*, § 39, *de rer. divis.*, II, 1). Il tesoro non trovato casualmente, sibbene in seguito di indagini fatte a bella posta, appartiene tutto al proprietario del fondo ove giaceva nascosto (fr. 63, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1; *cost. un.*, *Cod. de thesauris*, X, 15). Il tesoro che si credeva trovato con arti magiche diveniva proprietà del fisco: l'inventore non aveva alcun diritto sul medesimo in pena di avere adoperato quelle arti (*cit. cost. un.*, *Cod. de thesauris*). Dal tesoro vero e proprio (*vetus pecuniæ depositio, cujus non extat memoria*), importa distinguere quello che gli interpreti del diritto Romano chiamano *tesoro improprio*, vale a dire quei valori ed oggetti preziosi che furono sotterrati o nascosti di recente *vel lucri causa, vel metus*, *vel custodia* (fr. 31, *in fine, Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1), di cui per conseguenza un proprietario esiste, e può rintracciarsi. - Laonde se taluno, p. e., trova monete di conio moderno, non può credere di avere trovato un tesoro, e non le fa sue, tanto più se avesse saputo il deposito di quelle, e la persona che lo fece. Allora queste monete debbono essere restituite al proprietario od ai suoi eredi, che avrebbero d'altronde diritto di rivendicarle (fr. 67, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1): l'appropriarsele sarebbe furto.

§ 106. Per i Romani consideravansi i nemici come fuori del diritto, come privi di capacità giuridica: onde la regola che ciò che veniva preso ai nemici, diveniva proprietà dell'occupante: *maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cæpissent.* (Gajo, IV, 16). Per questo si considerava quale acquisto l'*occupatio bellica*. La legislazione prese a regolarla. - Le terre, gli edifizi, gli immobili in somma, erano sempre occupati per conto ed a vantaggio dello Stato, ed entravano a far parte del dominio pubblico, (fr. 20, § 1, *Dig. de captivis,* XLIX, 15). I mobili sembra che da primo divenissero proprietà del militare che li occupava, ma in seguito i militi furono obbligati a giurare che avrebbero conferito al tesoro, tutto quanto fosse caduto in loro mano: ed i *questori* decidevano quali oggetti dovevano rimanere allo Stato, e quali essere distribuiti fra i militari. Tutto quello che i questori attribuivano ai medesimi in siffatta repartizione, quello che il loro duce avesse loro dato in premio di qualche bella im-

presa, tutto quanto avessero acquistato quando era loro permesso il sacco, o che avessero preso al nemico in avvisaglie, o combattimenti singolari fuori del servizio ordinario, diveniva loro proprietà per occupazione bellica. - Per reciprocanza, i Romani riconoscevano che il nemico divenisse proprietario delle cose loro, da lui occupate. Il Romano fatto prigioniero diveniva servo, perdeva libertà, cittadinanza e famiglia: i beni presi dal nemico cessavano di appartenere al loro padrone; ma *jure postliminii* (l'abbiamo veduto altrove) tutti questi effetti dell'occupazione nemica cessavano in un con la medesima. Tuttavolta è da ricordare che l'*jus postliminii*, *per regola* non si applicava alle cose mobili (fr. 2, § 2, fr. 3, fr. 28, *Dig. de captivis*, XLIX, 15). - Soltanto per eccezione valeva per gli schiavi, (fr. 12, § 7, fr. 19, § 5, *Dig. de captivis*, XLIX, 15), per i cavalli ed i muli, e per le navi destinati alla guerra; non valeva per le armi, reputandosi vituperevole cosa l'averle perdute. (fr. 2, *Dig. de captivis*, XLIX, 15).

II. Tradizione.

§ 107. *Traditio*, nel significato più ampio della parola esprime: *l'azione con la quale immettiamo taluno nel possesso di una cosa che possedevamo* (fr. 1 *pr.*, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7), ma in un significato più limitato e proprio, indica: *la consegna di una cosa con l'intenzione di trasferirne il dominio*, *fatta dal proprietario ad un altro*, *che la riceve con l'intenzione di acquistarla* (*Instit.*, § 40, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 9, § 3, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1). Nel diritto Antico (non è inutile ricordarlo) la tradizione non faceva acquistare il dominio *ex jure quiritium* delle *res mancipi*, sibbene delle *res nec mancipi*; nel gius Nuovo invece è divenuta un modo generale di acquisto (*Instit.*, § 40, *de rer. divis.*, II, 1.) - Condizioni della tradizione sono:

1° Due persone capaci, l'una di alienare, di acquistare l'altra.

2° La consegna della cosa, ossia il fatto tradizionale.

3° L'intenzione delle parti, respettivamente di trasferire e di acquistare il dominio.

1° *Due persone capaci l'una di alienare, l'altra di acquistare.*

§ 108. *a*) Addimandasi *capacità nel trasferente.* Essa presuppone la qualità di *proprietario;* chi non è proprietario non può trasferire il dominio, che gli manca: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest, ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit,* (fr. 20, *Dig. de adquir. rer. domin.*, XLI, 1). Ciò nonostante è principio singolarissimo del diritto Romano più recente, che le alienazioni fatte dal fisco trasferiscano sempre la proprietà nell'acquirente, salvo all'antico proprietario il suo ricorso personale contro il fisco medesimo, esperibile dentro quattro anni (*Instit.*, § 14, *de usucap.*, II, 6; *cost.* 3, *Cod. si adv. fisc.*, II, 37: *cost.* 2, 3, *Cod. de quadr. præscr.*, VII, 73). Giustiniano estese cotale privilegio alle alienazioni fatte dal Principe, e dall'Augusta (*cit. cost.* 3, *Cod. de quadr. præscript.*, VII, 37). Ma non tutti i proprietari hanno capacità *di alienare,* e per conseguenza di trasferire il dominio con la tradizione. Ne mancano in generale, come fu detto altrove, i furiosi ed i prodighi (*cost.* 2, *Cod. de curat. furios.*, V, 70), ed i pupilli (*Instit.* § 2, *quib. alien. licet. vel non*, II, 8; fr. 14, § 8, *Dig. de solut.*, XLVI, 3); i minori di 25 anni subiscono alcune limitazioni quanto alla facoltà di alienare (vedi sopra lib. I, § 263, 264). Il marito non può alienare il fondo dotale (*Instit. pr.*, *quib. al. licet.,* II, 8). Nessuno può alienare le cose litigiose (*Dig. de litigiosis,* XLIV, 6). La donna sottoposta alla tutela degli agnati, vedemmo, che non poteva alienare le *res mancipi* senza l'assistenza del tutore (Ulp., XI, 27). - Le alienazioni fatte in spreto di *proibizioni legali,* di regola sono nulle (*cost.* 5, *Cod. de legib.*, I, 14; *Inslit. pr.*, *quib. alien. licet,* II, 8); come esempi si riscontrino i fr. 1, *Dig. de fundo dotali,* XXIII, 5; fr. 5, § 14 e 15, *Dig. de reb. eor. qui sub. tut. sunt*, XXVII, 9; *cost.* 4, 8, 15, 16, *Cod. de præd. et. al. reb. min.,* V, 71); e l'alienatario non può acquistare la cosa così illegittimamente alienatagli, neppure con la usucapione ordinaria (*cost.* 5, *Cod. de legibus*, I, 14). L'alienazione può essere proibita al proprietario anche da *decreto del magistrato;* e questa proibizione (se si prescinde dalla impossibilità giuridica di usucapire la cosa con l'usucapione ordinaria) ha effetto pari alla proi-

bizione derivante dalla legge (fr. 12 *pr.*, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 7, § 5, *Dig. pro emptore*, XLI, 4). – L'alienazione può essere proibita *dal testamento.* – Per regola l'alienazione fatta malgrado cotale divieto è valida, ed il divieto rimane inefficace. – Per eccezione è efficace la *proibizione testamentaria* di alienare quando esiste persona a cui favore ridonda la proibizione stessa; esempigrazia se il testatore avesse vietato ai suoi successori l' alienazione a vantaggio di una determinata persona, indicandone espressamente la ragione (fr. 114, § 14, *Dig. de legatis*, I, 30), o se il testatore per vantaggio dei suoi successori, avesse espressamente vietato ai loro tutori di alienare alcune cose determinate (*cost.* 2, *Cod. de usucap. pro emptore*, VII, 26). – L' alienazione può essere proibita ancora dalla *convenzione.* Chi aliena nonostante l' obbligo contratto di non alienare, aliena validamente (fr. 61, *Dig. de pactis*, II, 14; Paolo, II, 13, 5), sebbene illecitamente (*cost.* 7, *Cod. de reb. non alien*, IV, 51, *cost.* 9, *Cod. de pact. inter emt. et vendit.*, IV, 54); trasmette la proprietà, ma può essere costretto a indennizzare la persona verso la quale si obbligò a non alienare (fr. 75, *Dig. de contrah. empt.*, XVIII, 1; fr. 21, § 5, *Dig. de act. empti vend.*, XIX, 1; fr. 135, § 2, *Dig. de verb. obligat.*, XLV, 1; *cost.* 3, *Cod. de cond. ob. caus. dat.*, IV, 6). Alienare si può tanto direttamente, quanto per mezzo di un rappresentante. La consegna della cosa fatta dal rappresentante in virtù del mandato ricevuto dal proprietario, equivale alla consegna fatta dal proprietario stesso (*Instit*, § 42, 43, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 41, § 1, *de rei vind.*, VI, 1; fr. 9, § 3, 4, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1). La facoltà di alienare nel rappresentante può derivare da relazioni di tutela o di cura, ed in questi casi il rappresentante trasmette la proprietà delle cose che aliena in conformità del disposto di legge. – Il creditore pignoratizio aliena validamente la cosa oppignoratagli, perchè non aliena *ex persona propria* ma *ex persona domini*, vale a dire come rappresentante del padrone della medesima, che nell' oppignorargliela gli ha delegato la facoltà di alienarla nel caso che non lo paghi del suo credito all' epoca fissata (Gajo, II, 64; *Instit.*, § 1, *quib. alien. licet vel non*, II, 8; fr. 46, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1).

§ 109. Addimandasi ancora *capacità nell' acquirente.* – Le regole dichiarate intorno alla capacità di acquistare il possesso di una cosa, si applicano quì, perocchè la tradizione sia un pren-

dimento di possesso fatto col consenso del proprietario. Questo prendimento di possesso (fu detto) può essere fatto tanto *personalmente* da chi vuole acquistare il dominio, quanto ancora per *mezzo di un rappresentante*. – L'infedeltà del rappresentante (giova ricordarlo) non nuoce al rappresentato quando si tratta di tradizione; laonde la volontà di quel primo di acquistare per sè, più presto che per questo secondo, non ha effetto se l'intenzione del trasferente fu di trasferire il dominio a questo, e non a quello. È l'intenzione del trasferente insomma, che ha da essere attesa, ed il bieco intendimento del rappresentante non nuoce al suo rappresentato (fr. 13, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5; fr. 37, § 6, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1). - Nelle nostre Fonti si considera qual tradizione fatta a persona incerta (*in incertam personam*) il getto di danaro o di altre cose di valore fatto al popolo (*jactus missilium*): conciossiachè, si dice, la volontà di chi getta quelle cose essere diretta ad una moltitudine radunata, e non ad una persona specialmente determinata (*Instit.*, § 46, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 9, § 7, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 5, § 1, *Dig. pro derelicto,* XLI, 7); ma meglio che *tradizione* a persona incerta, in questo caso esiste: *abbandono* per parte di colui *qui missilia jactat,* ed *occupazione* per parte di chi li raccoglie: tanto è vero che divengono proprietà del primo occupante; d'altronde nella persona che eseguisce un atto di abbandono qualunque, vi è sempre l'idea che altri si impadronirà della cosa abbandonata.

2° *Consegna della cosa, ossia fatto tradizionale.*[1]

§ 110. La tradizione essendo una immissione in possesso dell'acquirente, procurata dal trasferente, essa esiste per tutte

[1] La *tradizione* pel Codice Civile italiano non è un modo di acquistare la proprietà: ed in vero il Codice non la enumera fra i modi di acquisto della medesima (art. 710); anzi dichiara che la proprietà si può acquistare per *effetto di convenzioni* (art. 710). Nel sistema del Codice, la traslazione della proprietà o di altro diritto, nei contratti che hanno per oggetto siffatta traslazione, avviene per effetto di *consenso* legittimamente manifestato; e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque *non ne sia seguita la tradizione* (art 1125. Infatti pel Codice stesso, la proprietà della cosa venduta si acquista di diritto dal compratore, appena la vendita è perfetta fra le parti, quantunqué *non ne sia seguita ancora la tradizione* della cosa (art. 1448); la donazione accettata, è perfetta fra le parti, e la proprietà degli effetti donati s' intende trasferita nel donatario, senza necessità di *tradizione* (art. 1062 ec. ec.).

Concludiamo che pel Codice Civile italiano la tradizione, anzichè un modo di acquistare la proprietà, è un mezzo di eseguire una convenzione, in forza della quale la proprietà è già stata trasferita. In conferma di quest'idea si os-

quelle maniere per le quali si dà, e si acquista il possesso. Appena la cosa è posta nella fisica disponibilità dell'acquirente, e sottratta alla volontà del trasferente, esiste consegna o fatto tradizionale. Tale consegna è assolutamente necessaria alla trasla-

servi che il Codice ne tratta principalmente nel titolo della vendita, là dove stabilisce le obbligazioni del venditore (art. 1463 e seg). Pel Codice dunque, contro il principio del diritto Romano, coi nudi patti si acquista la proprietà; principio che il Codice Civile italiano ha preso in prestito dal diritto francese, e che è coerente all'idea che della proprietà i Codici odierni si formano. Non essendo più, come nel diritto Romano, un che di *corporale* (quale era il dominio romano che si confondeva con la cosa corporale che ne era obietto), la tradizione non è più necessaria; essendo un diritto, un che d'incorporeo, con la sola volontà, alla pari di altri diritti, devesi potere acquistare. Il bisogno di prontezza nella conclusione degli affari, frutto dell'odierna attività commerciale, il conseguenziale desiderio di liberarsi da ogni ostacolo che ne trattenesse il libero moto, debbono riconoscersi come cause economiche dell'introduzione del principio in discorso, cioè che la proprietà si acquista per semplice convenzione.

Ma a questo principio il nostro Codice ha posto una limitazione, grandemente lodevole. La traslazione della proprietà degli immobili non ha effetto di *fronte ai terzi*, senza la *trascrizione*. Laonde, se taluno vendesse a due persone in tempi diversi lo stesso fondo, acquisterebbe di preferenza all'altro la proprietà del fondo medesimo, quello dei due compratori che fosse stato più sollecito a *trascrivere il suo titolo* (art. 1932 e 1942). La trascrizione, questa specie di *tradizione pubblica* è dunque necessaria di *fronte ai terzi* per la traslazione della proprietà. È così facile intendere la utilità pratica di questo principio che non aggiungeremo una parola di spiegazione.

Potrebbe a prima giunta sembrare, che in materia di *cose singole mobili* (non già *d'università di mobili*) la tradizione fosse necessaria all'acquisto della proprietà, almeno di *fronte ai terzi*; dacchè pel Codice nostro si trova dichiarato che per queste cose singole mobili il possesso produce a favore del terzo acquirente l'effetto stesso del titolo (art. 707); ed è ivi espressamente deciso, che se la cosa che taluno si è obbligato con successive convenzioni di dare a due persone è un *mobile per natura*, o *un titolo al portatore*, quella fra esse a cui fu dato il possesso (che ebbe dnnque la *tradizione*) sarà preferita all'altra, sebbene il suo titolo fosse posteriore di data, purchè il possesso sia di *buona fede* (art. 1126).

Ma questi articoli, a nostro credere, si riferiscono all'acquisto per prescrizione. L'art. 707 stabilisce in sostanza il principio, che chi in *buona fede* acquista una cosa mobile trasferitagli *a non domino, senza bisogno di un titolo* ne diviene istantaneamente proprietario, per una prescrizione che non esige un lasso di tempo nè di 10 nè di 30 anni; bensì invece richiede un *possesso istantaneo*. Dalla stessa idea si diparte la risoluzione che si legge nello articolo 1126. Il compratore secondo (in tempo), che ebbe la consegna della cosa mobile, è preferito al compratore anteriore: perchè ricevuto il possesso della cosa *in buona fede*, ne acquista la proprietà per prescrizione che compie a carico dell'altro; prescrizione che si compie *istantaneamente*, appena ricevuta la cosa; ed alla quale (egli essendo in *buona fede*), non manca cosa alcuna, e neppure il *titolo*, giacchè per legge il possesso produce a suo favore l'*effetto stesso del titolo* (art. 707). D'altronde che in fatto di cose singole mobili, non vi sia deroga al principio; che la proprietà si acquista per semplice convenzione, si rileva dall'osservazione, che un acquirente in buona fede di un mobile, sebbene non ne avesse avuto la *tradizione*, sarebbe sempre preferito ad un terzo possessore *in cattiva fede* (argom. dell'art. 707).

Il Codice nostro dichiara che la tradizione per gli immobili si opera, col rimettere i documenti della proprietà venduta, e le chiavi se trattasi di un edifizio (art. 1464). Non crediamo per altro, che questa enumerazione sia tassativa. Quanto alla tradizione pei mobili, il Codice distingue una *tradizione reale* da una tradizione *non reale;* infatti dichiara che la tradizione dei mobili si compie o con la consegna *reale*, o con la *consegna delle chiavi* degli edilizi che li

zione del dominio: la sola intenzione delle parti di trasferire e respettivamente di acquistare il dominio, non basta; è assolutamente necessario che l'intenzione sia esteriormente manifestata con la consegna effettiva della cosa. Onde il principio, di capitale importanza in diritto Romano, *che non coi nudi patti, ma con la consegna si trasferisce il dominio: traditionibus et usucapionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (*cost.* 20, *Cod. de pactis*, II, 3). Vero è bene che qualche volta sembra a prima giunta, che la consegna non avvenga, e ciò non pertanto sia trasferito il dominio. Tali sono i casi indicati comunemente sotto il titolo di *traditio brevi manu*, e di *constitutum possessorium.*

a) *traditio brevi manu.* Chi ha la *detenzione* di una cosa, non l'*animus rem sibi habendi* (p. e., un inquilino di una casa) acquista il dominio della medesima per convenzione col proprietario (p. e., per vendita che gliene faccia), senza bisogno che siffatta convenzione di trasferire e respettivamente di acquistare il dominio, sia susseguita da tradizione (*Instit.*, § 44, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 9, § 5, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 21, § 1, *Dig. eod.*; fr. 9, § 1, *Dig. de public. in rem. act.*, VI, 2; fr. 9, § 9, *de rebus creditis,* XII, 1; fr. 62 *pr.*, *Dig. de evict.*, XXI, 2). Ma è un errore il credere, che in tal caso un'effettiva e materiale consegna manchi. La consegna ha preceduto la convenzione, ma non è mancata.

b) *constitutum possessorium.* Chi è proprietario di una cosa, e vuole trasferire ad un altro la proprietà della medesima, ma ritenendone la detenzione, può operare questa traslazione di proprietà mediante convenzione, senza bisogno che la convenzione stessa sia susseguita da consegna: basta che dichiari di ritenere il possesso per l'acquirente (fr. 18 *pr.*, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; fr. 77, *Dig. de rei vindicat.,* VI, 1; *cost.* 28, 35, § 5, *cod. de donat.,* VIII, 54). Ed esemplificando, il proprietario di una casa

contengono, o anche *col solo consenso* delle parti, se la consegna non si può eseguire al tempo della vendita, oppure se il compratore li *aveva già in suo potere per altro titolo.* – Ma a noi pare che la tradizione delle chiavi sarebbe *consegna reale* specialmente quando fatta *apud horrea,* come dicevano i romani giureconsulti; e che la *consegna reale* preesista al consenso, e per conseguenza non manchi, quando nel momento del consenso il compratore *avea già la cosa in suo potere* per altro titolo. – Del resto crediamo che la tradizione *reale*, dovrebbe prevalere se venisse in conflitto con la *non reale,* (argom. dell'art. 1126).

Il Codice ammette una *tradizione* delle cose incorporee, che come la *quasi tradizione* del diritto Romano, si compie o con la consegna dei documenti, o con l'uso che ne fa il compratore di consenso del venditore (art. 1466).

Relativamente alla *Trascrizione*, ricordata in questa nota, vedi l' Appendice III in fondo al volume.

che la vende ad altri, ma conviene di ritenerla come affittuario, trasmette la proprietà della medesima nel compratore senza bisogno che alla vendita tenga dietro una consegna: basta che dichiari di ritenere il possesso della casa pel compratore. Anche in tal caso, checchè ne possa parere a prima vista, non manca la tradizione; e valga il vero, il venditore invece di consegnare la cosa venduta al compratore, e poi riceverla indietro da lui per ritenerla come affittuario, ne fa la tradizione allorchè dichiara, che da quell' istante intende possedere a nome del compratore. Il venditore insomma, acquista il possesso a favore del compratore come un rappresentante di lui: nella sua qualità di proprietario ne fa una tradizione a se stesso, ma qual rappresentante del compratore. Così è accelerata ed agevolata l'operazione; altrimenti sarebbe necessario che il venditore consegnasse la casa al compratore, che il compratore poi la riconsegnasse indietro a lui venditore, che la vuole detenere come inquilino. Sarebbe questo un inutile e lungo giro (fr. 3, § 12, *Dig. de donat. int. vir. et. uxor.*, XXIV, 1) evitabile mercè il prendimento di possesso che il venditore della casa fa della medesima come rappresentante del compratore, ogni qual volta dichiara ritenerla per costui. Laonde eziandio in tal secondo caso, in realtà non manca tradizione, e soltanto l'acquirente acquista il possesso per mezzo di un rappresentante. Tale è il *constitutum possessorium*, del quale un tempo è stato fatto tanto uso nei contratti specialmente di compra e vendita. Concludiamo che la consegna della cosa è sempre necessaria; e ciò è tanto vero che ove il proprietario non avesse il possesso di una cosa, non potrebbe farne la tradizione; ma indirettamente potrebbe ottenere lo stesso effetto cedendo la *rei vindicatio*; il cessionario potrebbe allora perseguitare la cosa in mano di chiunque la trovasse, ed ottenerla (fr. 35, § 4, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; *cost.* 9, *Cod. de hered. vendit.*, IV, 39).

3° *Intenzione delle parti, respettivamente di trasferire, e di acquistare il dominio.*

§ 111. La nuda consegna della cosa, disgiunta dall'animo di trasferire il dominio, opera la traslazione del possesso, ma non già del dominio; affinchè la traslazione del dominio si veri-

fichi, è necessaria la concorde volontà del trasferente e dell'acquirente, respettivamente di trasferirlo e di acquistarlo (fr. 55, *Dig. de verb. obligat. et act.*, XLIV, 7). Siffatta volontà concorde, costituisce quella che il testo chiama *justa causa traditionis*, (fr. 31 *pr.*, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1). *Justa causa* esiste dunque nella consegna fatta p. e. per ragione di vendita, di permuta, di donazione, di imprestito, di pagamento ec. non già nella consegna fatta per ragione di deposito, di commodato, di pegno etc. La tradizione può precedere la *justa causa*: allora il dominio sarà trasmesso, solamente quando la *justa causa* si verificherà. Ciò avviene specialmente nelle traslazioni di proprietà sottoposte ad una condizione: verbigrazia nelle vendite fatte sotto condizione sospensiva. La tradizione è in esse eseguita con *riservo di dominio*: ma si trasferisce soltanto la *detenzione* (fr. 16, *Dig. de peric. et comm.*, XVIII, 6) oppure un *possesso giuridico precario*, *precaria possessio* (fr. 20, *Dig. de prec.*, XLIII, 26). È di importanza massima l'avvertire, che la locuzione *justa causa traditionis* non significa *causa giusta, legale*, di trasferire e di acquistare il dominio; sibbene concorde volontà di trasferirlo e di acquistarlo. Tanto è vero che esiste *justa causa traditionis*, comunque *illegale* sia la causa per la quale le parti intendono a respettivamente trasferire ed acquistare il dominio, purchè in questa intenzione concordino. E di fatti: sebbene la legge proibisca i giuochi di azzardo e le scommesse, e dichiari nullo qualunque debito che ne risulti, se chi scommise p. e. l'orologio, lo consegna al vincitore, la proprietà ne passa in costui, e quegli che perse non avrà se non che una azione personale per ripetere la cosa come data indebitamente (fr. 5, § 1, *Dig. de condict. sine causa*, XII, 7; *cost. ult., cod. de aleatoribus*, III, 43). Del pari chi consegna ad altri in pagamento una cosa che crede dovergli, ma che effettivamente non gli deve, ne trasmette la proprietà nel ricevente se questi ha inteso di acquistarla: e cotal ricevente perchè ne acquistò la proprietà, ne potrà disporre validamente; egli avrà soltanto l'obbligo *personale* di restituire ciò che ebbe indebitamente o altrettanto (*Dig. de condictione indebiti*, XII, 6; *Cod. eod.*, IV, 5). All'esistenza dell'*justa causa traditionis* non si richiede che le parti concordino nel *motivo* pel quale l'una vuole trasferire, l'altra acquistare il dominio, quando in genere concordano in questa *volontà di trasferirlo e di acquistarlo*. Così p. e., se taluno consegna ad un

altro un certo numero di litri di vino con l'intenzione di donarglieli, e l'altro li riceve con l'intenzione di toglierli a mutuo, non esiste in questo caso, senza dubbio, nè mutuo nè donazione, perchè non vi è consenso nelle parti nè per l'uno nè per l'altra; ma siccome tanto la donazione quanto il mutuo esigono la intenzione di trasferire il dominio nel donante o nel mutuante, e l'intenzione di acquistarlo nel donatario o nel mutuatario, così la tradizione trasferisce il dominio di quei litri di vino nell'accipiente, salvo il diritto nel trasferente di ripeterne il valore (fr. 36, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; col quale l'Averani concilia il fr. 18 *pr.*, *Dig. de reb. creditis*, XII, 1, che pare contradittorio; Averani, *Interpr. jur.*, lib. 1, cap. 17). Ma la tradizione non trasferisce il dominio della cosa consegnata:

a) quando il trasferente erra sulla persona di chi riceve (fr. 52, § 21, fr. 66, § 4, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 32, *Dig. de reb. cred.*, XII, 1; fr. 63, *Dig. de contrah. empt.*, XVIII, 1).

b) o consegna la cosa propria, mentre intendeva consegnare l'altrui (fr. 3, § 8, *Dig. de condit. causa data*, XII, 4; fr. 15, § 2, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 35, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1).

c) o consegna una cosa diversa da quella, che intendeva consegnare (fr. 34 *pr.*, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2; fr. 2, § 6, *Dig. pro emptore*, XLI, 4).

§ 112. Allorquando la tradizione riunisce i requisiti fin quì esposti, essa ha per effetto di trasferire il dominio della cosa consegnata nell'accipiente. Questi naturalmente acquista il dominio nelle condizioni medesime con le quali esisteva nel trasferente. Laonde se era limitato da un qualche *jus in re*, passa con questa limitazione; ma per altra parte se esistevano degli *jura in re* costituiti a favore della cosa trasferita, questi competono al nuovo proprietario (fr. 20, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Se il trasferente non era proprietario della cosa consegnata, l'accipiente non ne acquista il dominio; se non che qualora egli abbia ricevuto quella cosa in buona fede e con giusto titolo, può acquistarne il dominio mediante l'usucapione. Inoltre può in certe emergenze, valersi dell' *exceptio rei venditæ et traditæ* (*Dig. de exceptione rei venditæ et traditæ*, XXI, 3). Fu esposto l'uso di questa *exceptio* nel diritto Antico: in gius Nuovo,

non esistendo più la distinzione fra dominio quiritario e bonitario quell' eccezione non ha più la pristina applicazione ed importanza. Nulla di meno può essere utile in casi simili agli antichi. Tali sono i seguenti:

a) Se chi vendè una cosa non ne era proprietario, ma in seguito lo divenne (perchè p. e. fu istituito erede dal vero proprietario della cosa da lui venduta) si fa a rivendicare la medesima dal compratore cui la vendè e consegnò, può essere respinto da costui con l'*exceptio doli;* ma quest' eccezione non varrebbe contro un terzo acquirente di buona fede. In tal caso è necessario che il reo convenuto opponga l'*exceptio rei venditæ et traditæ;* e con la medesima può respingere la *rei vindicatio* di questo terzo acquirente di buona fede, il quale riconosce il suo diritto dalla stessa persona dalla quale riconosce il suo colui contro il quale è intentata la *rei vindicatio* (fr. 1, 2, *Dig. de except. rei vend. et. trad.*, XXI, 3). I pratici esprimono il principio che serve di fondamento all' *exceptio rei venditæ et traditæ* nel caso in discorso, col volgare ditterio: *quem de evitione tenet actio*, *eumdem agentem repellit exceptio;* con le quali parole intendono significare, che chi ci deve garantire un diritto in caso di evizione, può essere insieme coi suoi aventi causa respinto da noi e dai nostri aventi causa con una eccezione, qualora egli od essi volessero contestarne il diritto che ci debbono garantire (fr. 72, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 2, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 4, § 32, *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4).

b) Se il vero proprietario di una cosa, venduta da chi proprietario non era, divenuto erede di quest' ultimo, volesse rivendicarla dalle mani del compratore, potrebbe essere respinto da lui con l' *exceptio rei venditæ et traditæ*; perchè sebbene in questo caso quegli che intenta la *rei vindicatio* non sia lo stesso individuo che fece la vendita e la tradizione, tuttavolta essendone divenuto erede, e perchè erede continuando la personalità di quel suo autore, deve rispettare il fatto di lui, come il proprio (fr. 1, § 1, fr. 3, *Dig. de except. rei vend. et trad.,* XXI, 3, *cost.* 14, *Cod. de rei vindicat.*, III, 32).

c) Nel trattare del contratto di compra e vendita dovremo osservare, che per eccezione alle regole generali della tradizione, la consegna della cosa venduta al compratore, non gliene trasferisce il dominio se non quando egli ha pagato il prezzo: amme-

nochè il venditore si sia contentato di ricevere delle garanzie, come una mallevadoria, o un pegno; od abbia venduto sotto fede di prezzo, ossia a credenza (*Instit.*, § 41, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 19, *Dig. de contrah. emt.*, XVIII, 1; fr. 5, § 18, *Dig. de tribut. actione*, XIV, 4). Ciò premesso, egli è evidente, che il venditore non pagato, come tuttora proprietario della cosa da lui venduta e consegnata, potrebbe intentare la *rei vindicatio*. Il compratore per altro ha facoltà di opporgli la *exceptio rei venditæ et traditæ*, purchè insieme con la medesima faccia l'offerta reale del prezzo. Questo è adunque un terzo caso di applicazione dell'*exceptio* in discorso, nel gius Nuovo.

III. Accessione.

§ 113. L'accessione, secondo gli odierni commentatori del diritto Romano, è *un modo di acquistare ciò che nasce dalla cosa nostra, od alla cosa nostra si unisce per guisa da formare con essa un tutto inseparabile*. Laonde nell'accessione bisogna distinguere:

α) quella che si verifica per produzione della cosa nostra

β) quella che si verifica per unione alla cosa nostra, in guisa da formare un tutto inseparabile.[1]

[1] L'articolo 443 del nostro Codice dichiara conformemente al diritto Romano, che: la proprietà di una cosa sia mobile sia immobile, attribuisce diritto su quanto essa *produce*, e vi si *unisce naturalmente o coll' arte;* e questo diritto si chiama *accessione* (art. 443).

Se nonchè il Codice considera come specie di accessione e non come modi particolari di acquistare la proprietà, la *specificazione* la *confusione* e la *commistione*.

Distingue l'accessione in accessione per *produzione* e in accessione per *unione;* e l'accessione relativa alle *cose immobili,* da quella relativa alle *mobili*.

Relativamente all' accessione di ciò che è *prodotto* dalla cosa, in conformità del diritto Romano dispone, che i frutti naturali ed i frutti civili appartengono per diritto di accessione al proprietario della cosa che li produce (art. 444). Chiama *frutti naturali* quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o non vi concorra l'industria dell'uomo: come le biade, il fieno, le legna, i parti degli animali e i prodotti delle miniere, cave e torbiere; *frutti civili* quelli che si ottengono per occasione della cosa, come gli interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizi e ogni altra rendita, fra cui i fitti e le pigioni dei fondi (art. 444).

Dispone che chi raccoglie i frutti della cosa, ha obbligo di rimborsare i terzi delle spese della coltura, delle sementi, e delle opere da loro fatte (art. 445).

Relativamente all'accessione per unione, dichiara che tutto ciò che si incorpora e si unisce alla cosa appartiene al proprietario di essa secondo le regole che stabilisce in seguito (art. 446).

α) Produzione.

§ 114. Ciò che la nostra cosa produce, è nostro per diritto di accessione, senza che sia necessario un fatto speciale per acquistare il dominio (*Instit.*, § 19, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 25 *pr.*, *Dig. de usuris,* XXII, 1; fr. 6, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1): perocchè si considera come una parte del corpo producente il corpo che ne è prodotto, quasi un'estensione di quello, un resultato della sua forza produttiva. Perciò i frutti delle piante, i parti degli animali appartengono al proprietàrio degli animali e delle piante che li produssero (fr. 44, *Dig. de rei vindicat.,* VI, 1; fr. 25 *pr.*, § 1, *Dig, de usuris et fructibus*, XXII, 1; *Instit.*, § 19, *de rer divis.*, II, 1; fr. 5, § 2, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; *cost.* 7, *Cod. eod.*, III, 32). I parti degli animali appartengono al proprietario delle madri, tuttochè fecondate da maschi propri di altri (cit. fr. 5, § 2, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1). I frutti delle piante appartengono ai proprietari delle medesime, sebbene altri abbia impiegato l'opera sua per eccitarne la feracità (*Instit.* § 32, *de rer divis.*, II, 1; Gajo, II, 75, 76; fr. 9, *Dig. de acquir. rer. dom.,* XLI, 1). Ma chi in buona fede si adoperò per procurare la produzione, avrà diritto di essere indennizzato (*Instit.;* Gajo; *Dig.*, loc. cit.).

β) Unione.

§ 115. Relativamente a quello che si unisce alla cosa nostra, è necessario esaminare:

a) l'accessione di una cosa immobile ad una immobile,

b) di una mobile ad una immobile,

c) di una mobile ad una mobile.

a) *Accessione di una cosa* immobile *ad una* immobile.[1]

§ 116. 1° *caso* di questa specie di accessione è l'*alluvione*

[1] Intorno all'accessione di una cosa immobile ad una immobile il Codice, alla pari del diritto Romano, si occupa dell'alluvione, dell'isola nata nel fiume, dell'alveo abbandonato, e dell'avulsione.

Le regole che detta per l'alluvione, concordano con quelle romane; ed in vero, definisce l'alluvione come quella unione di terra e quello incremento che si forma successivamente ed impercettibilmente nei fondi posti lungo le

(*alluvio*). È quell'incremento di terra che insensibilmente è depositato sopra un fondo, da un' acqua corrente. Dal proprietario del fondo si acquistano tali piccole particelle di terra, depositate da quell'acqua, a mano a mano che si uniscono al fondo medesimo (Gajo, II, 70; *Instit.*, § 20, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *cost.* 3, *Cod. de alluv.*, VII, 41). Soltanto il deposito fatto da un' acqua corrente è *alluvio*, e non già quello di un' acqua stagnante. Trattandosi di laghi e di stagni, non si dà alluvione (fr. 12 *pr.*, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1).

2° *caso* di questa specie di accessione, è l'isola nata nel

rive dei fiumi o torrenti (art. 453), e dispone che l'alluvione cede a favore del proprietario dei fondi, posti lungo le rive di un fiume o torrente, sieno quest atti o no alla navigazione od al trasporto, con l'obbligo nel primo caso di lasciare il marciapiede o sentiero secondo i regolamenti (art. 453, capoverso). Aggiunge che il terreno abbandonato dall'acqua corrente, che insensibilmente si ritira da una delle rive portandosi sull'altra, appartiene al proprietario della riva scoperta, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto (art 454); dichiara che questo diritto non ha luogo pei terreni abbandonati dal mare (art. 454 capoverso). Avverte che non vi ha diritto di alluvione riguardo ai laghi ed agli stagni, il proprietario dei quali conserva sempre il terreno che l'acqua cuopre quando essa è all'altezza dello sbocco del lago e dello stagno, ancorchè il volume dell' acqua venisse a scemare; e che parimente il proprietario del lago e dello stagno non acquista alcun diritto sopra la terra lungo la riva che l'acqua ricuopre nei casi di straordinaria escrescenza (art. 455).

Relativamente alle isole, isolette ed unioni di terra che si formano nei letti dei fiumi o torrenti, distingue se questi corsi di acqua sono navigabili od atti al trasporto, o non lo sono. Se lo sono: dette isole, isolette ed unione di terra appartengono allo Stato, se non vi è titolo o prescrizione in contrario (art. 457); se non lo sono, appartengono ai proprietari che fronteggiano quel lato della linea mediana del fiume o torrente nel quale si trovano; e se le isole ed unioni di terra si estendono ad ambidue i lati della linea mediana, questa segnerà il confine della proprietà dei rivieraschi delle due sponde (art. 458). Giusta i principii del diritto Romano, la porzione dell'isola o unione di terra spettante ai proprietari della stessa sponda è determinata dalle perpendicolari che partendo dalla linea mediana del fiume o torrente, cadono sui punti estremi delle fronti dei loro fondi (cit. art. 458).

Quanto all'alveo abbandonato dal fiume, o torrente il Codice nostro, trascurando le molto diverse disposizioni del Codice Francese, seguita le regole del diritto Romano (art. 461); come pure le seguita relativamente al fiume o torrente che formando un nuovo corso, attraversa e circonda, formandone una isola il fondo del proprietario confinante; quel fondo rimane in proprietà dell'antico proprietario, salvo il diritto nello Stato di farsene cedere la proprietà, quando si tratti di un fiume navigabile od atto al trasporto (art. 460).

Riguardo all'*avulsione* il Codice distingue il caso, che il terreno staccato per istantanea forza del fiume o torrente, venga trasportato verso un fondo inferiore o verso l'opposta riva; dal caso che il terreno staccato, venga a formare una isola nel fiume o torrente. Nel primo caso, il proprietario della parte di terreno staccata, può reclamarne la proprietà *dentro l'anno;* scorso il quale termine, la domanda non è più ammissibile, salvo che il proprietario del fondo a cui si unì la parte staccata non ne abbia ancora preso possesso (art. 456). Nel secondo caso, il proprietario del fondo dal quale fu staccato il terreno, ne conserva la proprietà: ma trattandosi di un fiume navigabile od atto al trasporto, lo Stato ha diritto di farsi cedere la proprietà di quel terreno mediante indennità (art. 459).

fiume pubblico (*insula in flumine publico nata*). Ove un'isola emerga dalle acque di un fiume pubblico, è considerata dalla legislazione Romana come un'accessione dei fondi situati lungo l'una o l'altra riva, in proporzione dell'estensione della fronte che hanno sul fiume (*Instit.*, § 22, *de rer. divis.*, II, 1). Se l'isola è surta in mezzo al fiume, i frontisti di ambedue le sponde hanno diritto di spartirsela: ed a questo effetto si immagina condotta una linea che divida il letto del fiume in due parti uguali, linea parallela alle rive: la parte dell'isola che rimane a destra di questa linea immaginaria appartiene ai frontisti di destra, e l'altra parte che rimane a sinistra, appartiene ai frontisti di sinistra. Ma ove l'isola rimanga tutta da una parte di questa linea immaginaria, appartiene ai frontisti di quella parte. In un caso e nell'altro, ripetesi, i frontisti acquistano sull'isola una porzione uguale alla fronte, che sul fiume di faccia all'isola, hanno i loro fondi (GAJO, II, 72; fr. 7, § 3; fr. 29; fr. 30 *pr.*, § 2; fr. 56, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; *Instit.*, l. cit.). Lo stesso non può dirsi se l'isola è nata nel mare: questa cede al primo occupante (*Instit.*, § 22, *de rer. divis.*; fr. 7, § 3, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1); o se è nata in un fiume privato: questa appartiene al proprietario del fiume (fr. 1, § 4, *Dig. de flumin.*, XLIII, 12). Le isole *natanti* si considerano come parti del fiume, e per conseguenza sono *res publicæ* se il fiume è pubblico (fr. 65, § 2, 4, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1). Se il fiume biforcatosi in un punto, si riunisce poi più sotto, e riduce per tal guisa ad isola delle terre di un privato, queste seguitano ad appartenere al loro antico padrone (*Instit.* § 22, *de rer divis.*, II, 1; fr. 7, § 4, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 1, § 10, *Dig. de flumin.*, XLIII, 12).

3° *caso* di questa specie di accessione è l'alveo abbandonato (*alveus fluminis derelictus*). Quando un fiume abbandona assolutamente il suo alveo primitivo, quest'alveo abbandonato appartiene ai proprietari frontisti, con le stesse regole accennate per l'acquisto dell'isola nata nel fiume. Il terreno occupato dal fiume nel farsi un nuovo letto, diviene *res publica* (*Instit.*, § 23, *de rer divis.*, II, 1; fr. 7, § 5; fr. 30, § 1, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 1, § 7, *Dig. de flumin.*, XLIII, 12), attalchè se il fiume stesso in seguito abbandona questo nuovo letto per riprendere il primitivo, il nuovo letto non ritorna agli antichi proprietarii, ma cede ai proprietari frontisti con le regole sopra indicate (fr. 7, § 5,

Dig. de acq. rer. domin., XLI, 1). Il terreno transitoriamente inondato, non muta sorte: seguita ad appartenere all'antico proprietario (fr. 7, § 6, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; *Instit.*, § 24, *de rer divis.*, II, 1).

4° *caso* di questa specie di accessione è l'avulsione (*avulsio*). Se dall'impeto del fiume viene avulso ad un tratto un pezzo di terreno, e trasportato alla nostra riva, noi lo acquistiamo quando si è unito al nostro fondo: *unitatem cum terra nostra fecerit* (fr. 9, § 2, *Dig. de damno infecto*, XXXIX, 2), specialmente quando gli alberi del terreno avulso, posero le loro radici anche nel nostro. Tale almeno è il modo col quale più generalmente si intendono le nostre Fonti su questo argomento (Gajo, II, 71; *Instit.*, § 21, *de rer. div.*, II, 1; fr. 7, § 2, *Dig. de acquir. rer. domin.*, XLI, 1), sebbene qualche scrittore, seguitando la parafrasi delle Istituzioni fatta da Teofilo, ritenga che soltanto gli alberi del terreno avulso diverrebbero proprietà del padrone della riva nella quale posero le loro radici. E non vuolsi negare che la lezione delle Istituzioni imperiali e della Volgata si presti ancora a questa interpretazione, ma non la lezione fiorentina.

§ 117. Gli acquisti per accessione, descritti nel paragrafo antecedente, sono propri degli agri *arcifinii* (cioè di quei fondi dei quali i confini non erano stati tracciati dietro una misurazione autentica, ma che derivavano dalla conformazione dei luoghi, come da fiumi, monti ec.); non erano applicabili agli *agri limitati,* vale a dire a quei fondi, i confini dei quali erano stati determinati dai pubblici agrimensori. Le accessioni ai fondi *arcifinii* spettavano al padrone del fondo: quelle al fondo limitato riguardavansi come cosa *nullius,* laonde cedevano al primo occupante, che per la facilità di compiere l'occupazione in conseguenza della prossimità, era pressochè sempre il proprietario dell'*ager limitatus,* (fr. 16, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 1, § 6, 7, *Dig. de flumin.*, XLIII, 12).

b) *Accessione di una cosa* mobile *ad una* immobile.[1]

§ 118. Allorquando una cosa mobile si unisce ad una im-

[1] Relativamente all'accessione di una cosa mobile ad un'immobile il Codice (all'art. 447) comincia dal dichiarare in conformità del diritto Romano che: il proprietario può fare sopra il suo suolo qualsiasi costruzione e piantagione, salve le eccezioni stabilite nel capo delle servitù prediali (art. 447); e che parimente di sotto al suolo può fare qualsiasi costruzione e scavamento,

mobile, siccome l'immobile è la cosa principale e di maggiore importanza, la mobile si ha come *parte* di quella. Siffatta maniera di accessione si verifica nei casi di *piantagione*, *sementa inedificazione; quod solo inædificatur vel implantatur, solo cedit.*

1° *Piantagione* (*plantatio*). Gli alberi piantati sul terreno altrui, divengono proprietà del padrone del medesimo, appena vi hanno preso radice (*Instit.*, § 31, 32, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § *ult.*, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1), giusta il principio generale: *superficies solo cedit* (Gajo, II, 73; fr. 3, § 7, *Dig. uti possidetis*, XLIII, 17), del quale è un' applicazione speciale l'altro: *plantæ*

e trarne tutti i prodotti possibili, salve le disposizioni delle leggi sulle miniere e dei regolamenti di polizia (art. 447, capoverso).

Presume che qualsiasi costruzione piantazione od opera sopra o sotto il suolo, sia fatta dal proprietario a sue spese, e che gli appartenga, finchè non consti del contrario; senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi (art. 448).

A) Il *proprietario del suolo* che ha fatto costruzioni, piantagioni, od opere con *materiali altrui*, deve pagarne il valore. In caso di *malafede* o di *colpa grave* è tenuto al risarcimento dei *danni*.

Ma il proprietario dei materiali non ha diritto di levarli, salvo che lo possa senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione (art. 449).

B) Se poi le piantagioni, costruzioni od opere sieno state fatte *dal non proprietario* del suolo, il Codice distingue, se questo non proprietario le fece *con suoi materiali* o con *quelli altrui*.

a) Allorchè le piantagioni, costruzioni od opere sieno state fatte da un terzo, (non proprietario del suolo) e *con suoi materiali*, il proprietario del fondo ha diritto o di *ritenerle*, o di obbligare colui che le ha fatte a *levarle*.

Se il proprietario del fondo preferisce di *ritenerle* deve a sua scelta pagare il valore dei materiali e il prezzo della mano d' opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo.

Se il proprietario del fondo preferisce di domandare che sieno *levate*, ciò verrà eseguito a spese di chi le ha fatte, senza alcuna indennità a suo favore: questi potrà inoltre essere condannato al risarcimento del danno che il proprietario del fondo avesse sofferto.

Il proprietario però non può chiedere che sieno tolte le piantagioni, costruzioni ed opere fatte da un non proprietario del suolo, che lo credeva suo, il quale abbia sofferto *evizione*, e per la *sua buona fede* sia andato esente dalla restituzione dei frutti; deve invece pagarle in uno dei modi sopraccennati, cioè pagare il valore dei materiali e il prezzo della mano d' opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo (art. 450).

b) Allorchè le piantagioni, costruzioni ed opere sieno state fatte da un terzo (non proprietario del suolo) con *materiali altrui*, il padrone della materia non ha diritto di rivendicarla, ma può esigere indennità dal terzo che ne ha fatto uso, ed anche dal proprietario del suolo, ma soltanto sul prezzo che da questo fosse ancora dovuto (art. 451).

Se nella costruzione di un edifizio si occupasse *in buona fede* una *porzione* del fondo attiguo, e la costruzione si fosse fatta a *saputa e senza opposizione del vicino*, *potranno* l'edifizio ed il suolo occupato essere dichiarati di proprietà del costruttore, il quale però sarà tenuto a pagare al proprietario del suolo il *doppio valore* della superficie occupata, oltre al risarcimento *dei danni* (art. 452).

È da notare che coloro i quali hanno adoperate materie spettanti ad altri e senza l'assentimento dei proprietari, possono essere condannati al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell' azione penale quando vi sia luogo (art. 475).

quæ terræ coalescunt, solo cedunt (fr. 9, *pr.*, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *cost.* 11, *Cod. de rei vind.*, II, 32; fr. 5, § 3, *Dig. rei vindic.*, VI, 1). Avanti che l'albero abbia preso radice, il proprietario del medesimo può ritoglierselo, ma non già dopo. Dopo, (*ubi coaluit*) non può pretendere neppure il legname, supposto che l'albero sia venuto a morire (fr. 26, § 2, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 9, *Dig. eod.*). Un albero cresciuto sul limite di due fondi, diviene comune, quando una parte notevole delle sue radici si nutrisce in ambedue i fondi; se poi in uno dei medesimi ha posto poche e secondarie radici, esso appartiene al proprietario del terreno ove ha le principali e più numerose: l'altro proprietario potrebbe soltanto obbligare questo a recidere le poche e secondarie radici, che gli recassero nocumento (fr. 7, § 13, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 6, § 2, *Dig. arb. furt. cæs.*, XLVII, 7).

2° *Sementa* (*satio*). Appena la sementa altrui, sparsa sul terreno nostro, comincia a germogliare, appartiene a noi. Vi ha chi dice che la sementa diviene proprietà del proprietario del terreno sul quale fu sparsa, subito dopo lo spargimento, e ciò in vista della difficoltà pel padrone della medesima di raccoglierla e riprendersela (*Instit.*, § 32 *pr.*, II, 1).

3° *Inedificazione* (*inœdificatio*). *a*) Chi fabbrica sul proprio terreno (in modo stabile e che cagioni coesione), coi materiali altrui, diviene proprietario dell'edifizio, e per conseguenza ancora dei materiali: perocchè questi hanno perduto la loro pristina essenza, e sono quasi spariti, incorporati come furono nell'edifizio (Gajo, II, 73; *Instit.*, § 29, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § 10, 12, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *cost.* 2, 16, *Cod. de rei vindic.*, III, 32); onde al proprietario di quei materiali non lice rivendicarli; non ha neppure l'*actio ad exhibendum* (azione generalmente accordata per ottenere la separazione della cosa propria, necessaria ad esercitare in seguito la *rei vindicatio*). La legge gli accorda l'*actio de tigno juncto*, con la quale ottiene il doppio del valore dei materiali suoi che furono impiegati nella costruzione, senza distinguere se il costruttore agì in buona od in cattiva fede (*Instit.*, § 29, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 49, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 1, *Dig. de tigno juncto*, XLVII, 3). La legge Decemvirale, cui si deve l'introduzione di questa *actio de tigno juncto*, intese con la medesima ad impedire le frodi dei costruttori, ed insieme

ad ovviare alle demolizioni coatte: tanto è vero che se l'edifizio cade in rovina, od è volontariamente demolito, il proprietario dei materiali può rivendicarli, quando non abbia in precedenza utilmente esercitata l'*actio de tigno juncto* (*Instit.*, § 29, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 59, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1; fr. 7, § 10, 11, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1).

b) Chi fabbrica in *buona fede* coi propri materiali sul *fondo altrui*, perde quei materiali, e l'edifizio appartiene al proprietario del suolo, *solo cedit* (Gajo, II, 73; *Instit.*, § 30 *de rer. divis.*, II, 1); ma tal costruttore potrà rivendicare i suoi materiali, se l'edifizio rovina od è demolito (*cost.* 2, *Cod. de rei vindic.*, III, 32). E provata la sua buona fede nel fabbricare, potrà ancora ottenere un'indennità per la perdita dei materiali. Ciò non pertanto, per ottenere quest'indennità, non ha altro mezzo che l'*jus retentionis*, che egli opporrà sotto la forma di una *exceptio doli* alla rivendicazione del proprietario del fondo; attalchè se non avesse più il possesso del fondo, non potendo sperimentare l'*jus retentionis*, non avrebbe, per diritto Romano, mezzo giuridico onde conseguire il risarcimento del danno, che a vero dire da sè si è cagionato (fr. 23, § 4 *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 33, *Dig. de condict. indeb.*, XII, 6; fr. 14, *Dig. de doli mali except.*, XLIV, 4; *cost.* 16, *Cod. de rei vindic.*, III, 32). In pratica gli accordavano l'*actio negotiorum gestorum contraria*, dietro il reflesso che egli aveva agito quasi come un gestore di negozi, e che è ingiusto che il proprietario del terreno si locupleti con jattura di costui. Il costruttore di cattiva fede non avrebbe alcun diritto a indennità, dovrebbe soltanto essere rimborsato di quelle spese, che come *necessarie* potessero essere considerate (*Instit.*, § 29, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § 10, 11, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 59, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 7, § 2, *Dig. de except. rei judic.*, XLIV, 2). Non è inutile ricordare in questo luogo, che il tesoro si considera dalle leggi per metà come *accessorio* del fondo ove si trova: appartiene dunque per metà al proprietario di quel fondo.

c) *Accessione di una cosa* mobile *ad altra* mobile.

§ 119. Siffatta accessione, dagli espositori del diritto Romano, è chiamata *adjunctio*. Esiste dunque *adjunctio*, allorquando due

cose mobili si uniscono in modo da formare un corpo solo, un tutto inseparabile. Se la separazione fosse possibile, le cose unite seguiterebbero ad appartenere ai loro antichi proprietari, ed ognuno di questi potrebbe, mediante l'*actio ad exhibendum,* ottenere che fossero separate, per rivendicare poi la propria (fr. 6, 7, § 2, *Dig. ad. exhib.,* X, 4; fr. 23, § 5, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1); ma se quella separazione fosse impossibile, o assolutamente o almeno senza danno, la proprietà dell'insieme verrebbe attribuita al proprietario della cosa *principale.* Laonde è importante assegnare le regole per riconoscere quale delle cose unite è *principale,* quale *accessoria.* [1]

1° Se una cosa non può sussistere senza l'altra, talchè ne dipende nella propria esistenza, è accessoria di questa che dicesi *principale* (fr. 23, § 3, *Dig. de rei vindic.* VI, 1): per esempio, la scrittura è un accessorio della carta.

2° Se una cosa fu congiunta ad un'altra per *ornamento, compimento, o servigio*, quella a cui riguardo fu fatta l'unione, ha da essere considerata come principale, benchè l'altra sia forse più preziosa. Il manico per esempio, è accessorio del vaso perchè *serve* al medesimo; il piede o la mano sono accessori della statua, perchè la *compiscono;* le piccole gemme sono accessori dell'anello, perchè lo *adornano* (fr. 19, § 13, 16, *Dig. de auro, argento*, XXXIV, 2; fr. 26, § 1, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 23, § 5, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1), ma l'anello è accessorio della gemma se è fatto unicamente affinchè questa, notevole pel suo pregio, possa essere portata (fr. 20, *Dig. de auro, argento*, XXXIV, 2; fr. 19, § 14 e 15, *Dig. eod.*)

3° Se queste regole non bastano, si ritiene come principale la cosa che ha *maggiore estensione* o maggiore *prezzo* (fr. 27, § 2, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Se non si può parlare di cose principali e di accessorie, si applicano le regole della confusione o commistione.

[1] Riguardo all'accessione di una cosa mobile ad altra mobile il Codice seguita le regole del diritto Romano (art. 463, 464, 465, 467) se non che all'art. 466 dichiara, che se la cosa unita è *molto più preziosa* della principale, ed è stata adoperata senza assentimento del proprietario, questi ha la scelta o di appropriarsi il tutto, pagando al proprietario della cosa principale il valore di essa, ovvero di chiedere la separazione della cosa unita, ancorchè potesse seguirne deterioramento dell'altra.

È da avvertire che coloro i quali hanno adoperato materie spettanti ad altri senza l'assentimento dei proprietari, possono essere condannati al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell'azione penale, quando sia il caso (art. 475).

§ 120. Specie particolari di *adjunctio*, sono:

a) L'*inclusio*, l'inclusione: come l'incastonamento della gemma nell'anello o nella corona;

b) la *ferruminatio*, cioè la saldatura di due cose metalliche, operata senza interposizione di metallo diverso, riscaldandole, e commettendole col batterle insieme; la quale è ben diversa dalla *plumbatura*, vale a dire la saldatura con interposizione di metallo diverso da quelli saldati insieme, cioè con interposizione di piombo; quest' ultima non opera accessione secondo Cassio (fr. 23, § 5, *Dig. de rei vindicat.*, VI, 1);

c) la *textura*, o tessitura: come la porpora tessuta nell'abito (*Instit.*, § 26, *de rer. divis.*, II, 1); la porpora sebbene più preziosa della veste, se è destinata ad ornamento della medesima, accede a quella (fr. 23, § 5, *Dig. de rei vind.*, VI, 1);

d) la *scriptura*, ossia la scrittura; fosse pure in lettere di oro, come dicono le Istituzioni imperiali, cede alla pergamena (fr. 23, § 3, *Dig. dei rei vind.*, VI, 1; *Instit.*, § 33, *de rer. divis.*, II, 1);

e) la *pictura*; era questione se la pittura cedesse alla tavola, o viceversa (fr. 23, § 3, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1), ma Giustiniano dietro il riflesso che sarebbe ridicolo, che le opere di Parrasio o di Apelle, cedessero *vilissimæ tabulæ* (*Instit.*, § 34, *de rer. divis.*, II, 1), ordinò che la tavola cedesse alla pittura. Cotale risoluzione è precisamente l'inversa di quella relativa alla scrittura. Secondo alcuni, Giustiniano risolvè la questione per la pittura nel modo indicato, mosso dal desiderio di favorire questa bellissima fra le arti belle; ma è un fatto che egli si limitò ad adottare un' antica opinione in questo senso (fr. 9, § 1 e 2, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1) riferitaci da Gajo come generalmente accettata, e della quale ai tempi di quel giureconsulto mal si sapeva dare una ragione plausibile: *vix idonea ratio redditur* (Gajo, II, 78). Nulladimeno la ragione ne era per avventura questa: il pregio di un' opera scientifica o letteraria non deriva dal mezzo grafico adoperato per farla di pubblica ragione, ma dal merito del componimento: all'opposto il pregio di un quadro, di un affresco dipende dal modo col quale è dipinto; una copia calligrafica corretta di un' opera, equivale generalmente per tutti all' originale (se si eccettuano i collettori di autografi), ma la copia di un quadro, non equivale all' originale. La *pittura* ha

dunque *in sè* un maggior pregio della *scrittura*, e fu forse questo il motivo pel quale Giustiniano ordinò, che mentre la scrittura cedesse alla pergamena, la pittura non cedesse alla tavola, sibbene, la tavola alla pittura. Per altro il colore cede alla lana, e cedono all'edifizio gli affreschi dei quali fu decorato (fr. 26, § 3, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 39, § 1, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 38, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1).

§ 121. Quando l'accessione fu cagionata dal proprietario della cosa principale, il quale per conseguenza acquista l'accessoria, egli deve indennizzare il proprietario di quest'ultima con la differenza: *a*) che se fu in *buona fede*, a titolo di indennità deve dare altrettanto di quell'aumento di valore che risentì nel suo patrimonio in conseguenza dell'accessione, e può essere costretto a questo, con un'*actio in factum* (fr. 23, § 4, 5, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; fr. 3, § 14, *Dig. ad exhib.*, X, 4). *b*) che se fu in *mala fede*, è responsabile di qualunque danno risentito dal proprietario della cosa accessoria col perderla, e può essere perfino perseguitato come reo di furto, se di questo delitto nel suo fatto, ricorrono gli estremi (*Instit.*, § 26, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 52, § 14, *Dig. de furtis*, XLVII, 2). Quando l'accessione fu cagionata dal proprietario della cosa accessoria, il quale per conseguenza la perde, può sperimentare l'*jus retentionis* sulla medesima, se fu in buona fede, e se ha il possesso della cosa. Se fu in cattiva fede, non ha diritto alcuno, e può essere talora anche considerato e trattato come ladro; se fu in buona fede ma non ha più il possesso della cosa, per diritto Romano non avrebbe azione alcuna per farsi indennizzare (vedi sopra, § 118. Inedifizione, nº 3, lett. *b*).

IV. Specificazione.

§ 122. La specificazione è un *modo di acquistare il dominio, facendo una nuova specie dell'altrui materia, con animo di acquistarne il dominio, e all'insaputa del propretario della materia*: *ex aliena materia speciem aliquam facere* (fr. 7, § 7, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1). Sono condizioni di questo modo di acquisto:

1º che la specificazione sia *intenzionalmente* diretta all'acquisto del dominio; il fare una nuova specie senza l'intenzione di

acquistarne il dominio, non lo procura; se facciamo una nuova specie per altri, è costui pel quale lavoriamo, che ne acquista il dominio (fr. 25 e 27, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1);

2° che la specificazione abbia per obietto l'*altrui materia;* se la nuova specie è fatta da noi con materia tutta nostra, non acquistiamo una proprietà nuova, ma seguitiamo ad avere sulla specie quella proprietà, che avevamo sulla materia con la quale la facemmo;

3° che la specificazione sia fatta *all'insaputa del proprietario della materia;* se è fatta col suo consenso, lo specificatore potrà acquistare la proprietà della nuova specie per la tradizione che il proprietario della materia gli fece della medesima, non già per specificazione. Esempi testuali di specificazione sono: il costruire una nave con l'altrui legname, una veste con l'altrui lana, dei vasi con metalli altrui, e simili (fr. 24, fr. 26, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1, e fr. 7, § 7, *Dig. eod.*) La sola congiunzione di più cose non vale come specificazione (Gajo, II, 77, 78; *Instit.*, § 26, 27, 28, 33, 34, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 23, § 2, 5, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 7, § 8, 9; fr. 9, § 1, 2; fr. 26, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Specificazione non è la tintura, essa è invece un'aggiunzione (fr. 26, § 3, *de acq. rer dom.* XLI, 1). Nelle Istituzioni imperiali il trebbiare il grano, *e spicis frumentum facere*, è rappresentato come specificazione, (§ 25, *de rer. divis.*, II, 1), ma nelle Pandette, Gajo dice assolutamente il contrario: *qui excussit spicas non novam speciem facit, sed eam quæ est, detegit* (fr. 7, § 7, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1); nelle Istituzioni i compilatori fecero soltanto allusione a questo frammento di Gajo: bisogna dunque attenersi alla decisione delle Pandette, ove il frammento è per esteso riportato. [1]

[1] Relativamente alla specificazione il Codice si allontana alquanto dal diritto Romano Giustinianeo. Pel Codice bisogna distinguere, come per diritto Romano Giustinianeo, se lo specificatore (artefice od altra persona) abbia adoperato materia tutta aliena, e se abbia adoperato materia parte propria e parte aliena.

1° Ma se l'artefice o altra persona adoperò una materia che *non gli apparteneva*, possa o no questa materia riprendere l'antica forma, il proprietario di tale materia ha diritto alla proprietà della cosa che se ne è formata, rimborsando l'artefice o altra persona del prezzo della mano d'opera (art. 468) È il principio di Sabino e Cassio, che la forma cioè, deve cedere alla materia.

Tuttavolta a temperare la crudezza di questo principio, il Codice aggiunge, che quando però la mano d'opera fosse tanto pregevole da *sorpassare di molto* il valore della materia adoperata, la mano d'opera è considerata come principale, e l'artefice ha diritto di ritenere la cosa lavorata, pagando al proprieta-

§ 123. Era disputa fra le antiche scuole dei giureconsulti, se la *materia* dovesse cedere alla *forma,* o viceversa, se la forma alla materia: in altri termini se chi impiegò il proprio lavoro per fare per sè una nuova specie con l'altrui materia, ne divenisse proprietario; o se il proprietario della nuova specie fosse il proprietario della materia con la quale fu fatta: insomma si questionava se il lavoro dovesse cedere alla materia, o la materia al lavoro. Sabino e Cassio sostenevano che la forma dovesse cedere alla materia, perchè questa senza quella può sussistere, non quella senza questa. Nerva e Proculo davano più importanza alla forma, perchè sembrava loro che l'antica materia fosse sparita con la creazione di una nuova specie (Gajo, II, 79; fr. 7, § 6, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Giustiniano pose termine alla controversia adottando un'opinione intermedia, già professata da qualche giureconsulto, e con la quale intese a conciliare quelle due estreme; egli stabilì:

1° Che lo specificatore acquistasse la proprietà della nuova specie, se per formarla avesse impiegato in parte ancora materia propria: avendo allora doppio titolo a cotale acquisto, il lavoro e la proprietà di parte della materia.

2° Che se lo specificatore si fosse limitato a dare la forma a materia totalmente aliena, si dovesse distinguere:

α) o la nuova specie creata poteva essere restituita all'antico stato (come per esempio il vaso di bronzo, che può essere con la fusione ritornato a massa di bronzo), ed il proprietario della materia (del bronzo) divenisse proprietario della nuova specie (del vaso).

rio il prezzo della materia. Allora cioè, la materia cede alla forma (art. 470), come sostenevano Nerva e Proculo.

2° Se l'artefice o altra persona abbia adoperato materia in *parte propria,* ed in parte *altrui,* per formare una cosa di nuova specie, *senza che nè l'una nè l'altra delle due materie sia intieramente trasformata ma in modo che l'una non possa separarsi dall'altra senza guasto,* la cosa rimane comune ai due proprietari, riguardo all'uno in ragione della materia che gli apparteneva, e riguardo all'altro in ragione della materia che gli apparteneva, e del valore della mano d'opera (art 469); risoluzione contraria a quella Giustinianea, per la quale quando lo specificatore adoperò parte materia altrui, parte propria è riconosciuto come proprietario della nuova specie.

È da notare che in tutti i casi ne' quali il proprietario della materia adoperata senza il suo assentimento può reclamare la proprietà della cosa, egli ha la scelta di farsi restituire altrettanta materia della stessa qualità, o il valore della medesima (art. 474).

Come pure vuolsi avvertire che quelli i quali hanno adoperato materie spettanti ad altri, senza l'assentimento dei proprietari, possono pure essere condannati al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell'azione penale, quando sia il caso (art. 475).

β) o la nuova specie non poteva essere restituita al pristino stato (come, per esempio il vaso di marmo, che non può ritornare ad essere un pezzo di marmo greggio suscettivo di molti usi diversi), ed allora la nuova specie (il vaso di marmo) divenisse proprietà dello specificatore, cioè dell'artefice (*Instit.,* § 25, *de rer. divis.,* II, 1; fr. 5, § 1, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1; TEOFILO nella sua parafrasi a questo paragr.). Il fondamento di tali regole adottate da Giustiniano è dunque questo: quando la materia non può ridursi alla primitiva forma, è da considerarsi come perita: ***dum incipit quod non erat, desinit esse quod fuerat*** (fr. 9, § 3, *Dig. ad exhibendum,* X, 4). Quando la materia può ridursi alla forma primitiva, non è perita, e però non è cessato il dominio dell' antico padrone sulla medesima.

§ **124.** In conseguenza della specificazione qualcheduno perde sempre: perde il proprietario della materia, se la nuova specie diviene proprietà dello specificatore: perde lo specificatore, se la nuova specie diviene proprietà del proprietario della materia; il primo perde la sua materia, il secondo il suo lavoro o la sua mano d'opera. - Le leggi provvedono all' indennità di chi soffre cotali perdite, con le appresso regole:

1° Se il proprietario della materia è quello che acquista, egli deve indennizzare lo specificatore della sua mano d'opera, purchè questi abbia prodotto la nuova specie *in buona fede*, ignorando cioè di lavorare sulla materia altrui. Imperocchè se fu in *mala fede*, non ha diritto a nulla, e perde la sua mano d'opera (*Instit.*, § 34, *de rer. divis.,* II, 1). Tuttavia lo specificatore sebbene in buona fede, non ha per diritto Romano un'azione, per ottenere indennità della perdita della sua mano di opera. Ha soltanto un *jus retentionis*, fino a concorrenza del valore che ha acquistato la materia in conseguenza del suo lavoro, quando per altro abbia il possesso della nuova specie (vedi sopra, *inedificaz.*, n. 3, lett. *b*, § 118).

2° Se è lo specificatore che acquista la specie nuova, e così anche la materia altrui, è da vedere se fu in buona o in mala fede.

a) Se fu in buona fede, egli non deve al proprietario della materia altro che l'equivalente della sua locupletazione, avvenuta acquistando quella materia; e può essere costretto a dar ciò con un'azione in *factum* (fr. 23, § 5, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 31, § 3, *Dig. de hered. petit.,* V, 3; fr. 3 e 14, *Dig. de cond. indeb.*, XII, 6).

b) Se fu in cattiva fede, è obbligato a risarcire tutto il danno risentito dal proprietario della materia; e contro di lui può sperimentarsi a quest'effetto l'*actio ad exhibendum*. Può essere ancora perseguitato con l'azione del furto, se nel suo modo di agire si riscontrino gli estremi di tal delitto (fr. 4, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 9, § 3, *Dig. ad exhib.*, X, 4: Gajo, II, 79; *Instit.*, § 26, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 13, *Dig. de cond. furt.*, XIII, 1; fr. 4, § 20, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 52, § 14, *Dig. de furtis*, XLVII, 2).

V. Confusione e commistione.

§ 125. La mescolanza di due liquidi (*confusio*), o di due solidi (*commixtio*), viene generalmente considerata come un modo speciale di acquistare il dominio: ma non vuolsi pretermettere di osservare che in pochi casi essa produce questo effetto, e che spesso se acquisto di dominio si verifica nella emergenza di miscuglio, tale acquisto deriva da *tradizione* o da *specificazione*, e non dalla *mescolanza*. Ed infatti:

a) Se la mescolanza dei liquidi o dei solidi avvenne pel concorde consenso dei proprietari delle cose mescolate, vuolsi consultare la loro volontà per decidere a chi appartiene il miscuglio. Possono costoro aver convenuto di tenere il miscuglio, o la nuova *specie* derivata dalla mescolanza stessa, in comune; o possono invece aver convenuto che diverrà proprietà di uno solo fra loro: ciò poco importa; in un caso e nell'altro se vi è acquisto di condominio o di dominio, tale acquisto deriva dalla *tradizione* che i proprietari si fecero delle respettive sostanze che mescolarono (fr. 5 *pr.*, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 7, § 8, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; *Instit.*, § 27, 28, *de rer. divis.*, II, 1).

b) Se la mescolanza fu opera dipendente *dalla volontà di un solo* dei proprietari delle cose mescolate, ogni qualvolta una nuova *specie* ne sia resultata, ricorrono i termini della *specificazione*.

§ 126. Vero e proprio acquisto per mescolanza si verifica soltanto nei casi seguenti:

1° Se dalla mescolanza resultò un insieme, che non può dirsi una nuova *specie*. - Ove le sostanze mescolate fossero *divisibili*, ciaschedun proprietario potrebbe rivendicare ciò che respettiva-

mente gli appartiene, e non si opererebbe nessuno spostamento di proprietà (fr. 5 *pr.*, e § 1, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 12, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1). Ma se invece il miscuglio è *indivisibile,* esso o resulti dal *caso,* o dalla *volontà di uno solo dei proprietari* delle cose mescolate, diviene comune ai proprietari delle materie che lo produssero; ed ognuno di essi ha in quello una parte intellettuale di proprietà, proporzionata alla quantità di sua materia entrata nel medesimo. In questo caso la mescolanza cagiona spostamento di proprietà, perchè i proprietari delle cose che furono mescolate, perdono la respettiva proprietà che ognuno di essi aveva sulle medesime prima della mescolanza, ed acquistano la comproprietà del miscuglio (fr. 5, § 1, *Dig. de rei vind.,* VI, 1; fr. 3, § 2 e il fr. 4, *Dig. eod.*, *Instit.* § 28, *de rer. divis.,* II, 1).

2° Se dalla mescolanza resultò una *nuova specie,* ma il miscuglio fu conseguenza del *caso*, allora la nuova specie appartiene in comune ai proprietari delle materie casualmente mescolatesi; ed ognuno di essi, acquista sulla nuova specie una parte intellettuale di proprietà, proporzionata alla quantità di sua materia che contribuì a formare la nuova specie medesima (fr. 7, § 9, *Dig. de acq. rer. domin.,* XLI, 1; *Instit.*, § 27, *in fine de rer. divis.,* II, 1).[1]

[1] Il Codice, riguardo alla *commistione* e *confusione*, che indica indistintamente col nome di *mescolanza,* seguita le regole del diritto Romano, imperocchè dispone:

che quando una cosa è stata formata con la mescolanza di differenti materie spettanti a diversi proprietari, le quali possono esser separate senza danno, quegli che non ha assentito alla mescolanza ha diritto di ottenerne la separazione (art. 471).

Se le materie non possono più separarsi; o se la separazione non può aver luogo senza danno, la proprietà ne diviene comune in proporzione delle materie spettanti a ciascuno (art. 471 capoverso).

Per altro il Codice aggiunge, che se la materia appartenente ad uno dei proprietari potesse essere reputata come *principale,* o fosse di molto *superiore* all'altra in *valore,* e non potessero le due materie separarsi, o la separazione cagionasse deterioramento, il proprietario della materia prevalente ha diritto alla proprietà della cosa prodotta dalla mescolanza, pagando all'altro il valore della sua materia (art. 472).

Quando la cosa rimane comune fra i proprietari delle materie con le quali è stata formata, ciascuno di essi può domandarne la vendita all'incanto a vantaggio e a spese comuni (art. 473).

In tutti i casi nei quali il proprietario della materia adoperata senza il suo assentimento può reclamare la proprietà della cosa, egli ha la scelta di farsi restituire altrettanta materia della stessa qualità, o il valore della medesima (art. 474).

Coloro che hanno adoperate materie spettanti ad altri e senza l'assentimento dei proprietari, possono pure essere condannati al risarcimento dei danni, salvo l'esercizio dell'azione penale, quando sia il caso (art. 475).

§ 127. I compilatori delle Istituzioni imperiali, pare vogliano stabilire una differenza fra le regole della commistione e della confusione (*Instit.*, § 27 e 28 *de rer. divis.*, II, 1). Sembra che essi ritengano che nella confusione, ossia nella mescolanza dei liquidi, le molecole dei medesimi si amalgamino, si fondano, per così dire, insieme, e perdano la pristina speciale natura ed individualità, attalchè il respettivo proprietario di ciascuno di quei liquidi, non possa rivendicare il proprio, ed il miscuglio divenga sempre comune. Mentre nella commistione, ossia nella mescolanza dei solidi, le parti dei medesimi non avendo coesione, e rimanendo sciolte, possano essere rivendicate dai respettivi proprietari. Ma a vero dire questa differenza, che si fondava sulle idee inesatte di fisica e di chimica, proprie di quei tempi, è più di parole che di fatto: perocchè tanto nell' un caso quanto nell'altro troviamo deciso, che se la separazione dei corpi mescolatisi è impossibile, il miscuglio diviene sempre comune, altrimenti ognuno può rivendicare le cose proprie (fr. 5, § 1, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1, *Instit.*, § 28, *de rer. divis.*, II, 1). Quanto alla mescolanza di cose solide, le nostre Fonti fanno speciale menzione del caso che taluno mescoli colle proprie le altrui monete. Il proprietario di queste ultime, per cotal mescolanza (è detto) perde la proprietà delle sue specie metalliche, ed ha soltanto un' azione personale contro l' autore di quella commistione, per ottenere la somma cui le sue monete ascendevano (fr. 78, *Dig. de solut.*, XLVI, 3). È quì negata al proprietario la rivendicazione delle sue specie metalliche, perchè confuse con quelle di un altro non sono più riconoscibili, e si sono trasformate per così dire in un valore od in una somma, che non può essere obietto di *rei vindicatio;* somma di cui il già proprietario delle medesime è divenuto creditore, e della quale per conseguenza può esigere il pagamento, ma soltanto con un' azione personale.

§ 128. In ogni caso di mescolanza, chi la cagionò con l' intenzione di nuocere ad altri, può essere costretto a risarcire il danno arrecato, con una *actio in factum*, e perfino, secondo le circostanze, con le azioni del furto.

VI. Percezione e separazione dei frutti.[1]

§ 129. I frutti come accessori, appartengono di regola al proprietario della cosa che li ha prodotti. Finchè sono aderenti alla medesima (*pendentes*), si considerano come parte di lei: *fructus pendentes, fundi partes videntur* (vedi sopra, lib. 2, § 16); dopo il loro distacco seguitano ad appartenere al proprietario di quella, come qualunque altra parte che si distaccasse dalla medesima: ma allora divengono obietto di proprietà separata. Chi acquista i frutti di una *cosa altrui*, non li acquista mai per *accessione*, perchè la cosa che li produsse essendo di un altro, l'accessione si verifica a vantaggio di quest'ultimo: li può acquistare:

A) Mediante *percezione* o *separazione*, autorizzate dal proprietario,

B) mediante *separazione* riconosciuta dalla legge qual mezzo

[1] Pel Codice nostro, acquista la proprietà dei frutti *per accessione* il proprietario della cosa che li produce (art. 444); l'acquistano per *separazione* autorizzata dal proprietario, il creditore nell'*anticresi* (art. 1891), l'enfiteuta (art. 1561), l'usufruttuario (art. 480) e l'affittuario (art. 1619); l'acquista per separazione riconosciuta dalla legge qual mezzo di acquisto, il possessore di buona fede (art. 703). Pel Codice nostro dunque non si può distinguere *percezione* di frutti da *semplice separazione*, dacchè quest'ultima basta anche per l'usufruttuario e per l'affittuario, pei quali il diritto Romano richiedeva la *percezione*.

Il colono per l'art. 1660 del Codice non può raccogliere nè battere i grani, nè fare la vendemmia senza avvertirne il locatore; e tutti i frutti tanto naturali quanto industriali del fondo si dividono per metà fra locatore e mezzaiolo (art. 1661); prima di questa divisione, detti frutti sono in comproprietà fra costoro, comproprietà cominciata dal momento della separazione dei frutti stessi.

Relativamente al possessore di buona fede, l' art. 703 del Codice dichiara, che esso *fa suoi i frutti*, e non è tenuto a *restituire* se non quelli che gli sono *pervenuti dopo la domanda giudiziale*. Da queste parole si rileva che il possessore di buona fede alla pari dell'enfiteuta (art. 1561) acquista la proprietà dei frutti per semplice separazione, come nel sistema romano. Ma il possessore di buona fede, pel Codice nostro, è obbligato a restituire soltanto i frutti che gli sono pervenuti *dopo la domanda giudiziale di rivendicazione* (art. 703 e 933, capov. 2°); dunque non è obbligato a restituire quelli pervenutigli *avanti*, sebbene tuttora *extantes*: e ciò a differenza di quello che avveniva per la legislazione Romana. Concorda con gli art. 703 e 933, l'art. 1086. Ne discordano gli articoli 234, 1429.

Riguardo al possessore, ancorchè di buona fede, il Codice nostro dichiara, che egli non può pretendere alcuna indennità per causa di miglioramenti, se non più sussistono al tempo dell'evizione (art. 704); e che al solo possessore di buona fede compete la *ritenzione* dei beni per causa di miglioramenti in essi realmente fatti e sussistenti, se questi sono stati domandati nel corso del giudizio di rivendicazione, e già venne fornita qualche prova della sussistenza in genere dei medesimi (art. 706).

Finalmente che il possessore tanto di buona fede, quanto di mala fede non può pretendere pe' miglioramenti, se non la somma minore che resulterà fra lo speso ed il migliorato (art. 705).

di acquisto. – Frutti *separati* (giova ricordarlo) sono quelli staccati dalla cosa che li produsse, qualunque sia la causa del loro distacco, o la maturità, o il vento, o il fatto dell'uomo; frutti *percetti* sono quelli di cui fu preso possesso dopo il distacco.

A) 1. Mediante *percezione autorizzata dal proprietario,* acquistano la proprietà dei frutti, l'usufruttuario ed il colono.

2. Mediante *separazione autorizzata dal proprietario,* acquista la proprietà di frutti, l'enfiteuta.

B) Mediante *separazione riconosciuta dalla legge* qual mezzo di acquistare il dominio, li acquista il possessore di buona fede.

A) 1. L'usufruttuario ed il colono, acquistano la proprietà dei frutti mediante la *percezione,* non già mediante la semplice *separazione* (*Instit.*, § 36, *de rer. divis.*, I, 36; fr. 61, § 8, *Dig. de furtis,* XLVII, 2; fr. 12, § 5, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 13, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 25, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1; fr. 78, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1). Costoro (come vedremo) non hanno il possesso giuridico della cosa, e perciò neppure dei frutti di lei, hanno la semplice detenzione della cosa: attalchè per acquistare il possesso dei frutti, debbono eseguire una *apprehensio,* ossia un atto di prendimento di possesso dei frutti. - Questa *apprehensio* nel procurare loro il possesso dei frutti, loro ne procura eziandio il dominio, perchè la eseguiscono col permesso e consenso del proprietario; il quale nel concedere loro la cosa in usufrutto od in colonìa, intese di autorizzarli ad acquistare non solo il possesso, ma ancora il dominio dei frutti di essa. - Acquistano dunque il dominio dei medesimi per una specie di tradizione del proprietario; ma siccome in ogni tradizione chi vuole acquistare la proprietà, bisogna che acquisti la fisica disponibilità della cosa, così si addimanda che il colono e l'usufruttuario eseguiscano un atto di apprensione, il quale per riguardo ai frutti chiamasi *perceptio* (fr. 13, *quib. mod. ususfr.,* VII, 4; fr. 48, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1). Siffatta specie di *apprehensio,* la quale (come quella, lo ripetiamo, che si esercita col consenso e permesso del proprietario) è causa di acquisto di dominio non che di possesso, ha questo di singolare, che mentre deve essere ripetuta per ciaschedun frutto, vale a fare acquistare il possesso ed il dominio, sebbene quel permesso e consenso del proprietario non la accompagnino ogni volta che essa viene ripetuta; basta invece il consenso e permesso, che egli diede in principio quando concesse la cosa in

usufrutto od in colonìa (fr. 61, § 8, *Dig. de furtis.*, XLVII, 2; fr. 6, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5; *Instit.*, § 36, *de rer. divis.*, II, 1).

2. L'enfiteuta acquista la proprietà dei frutti mediante la semplice *separazione* (fr. 25, § 1, *in fine Dig. de usuris*, XXII, 1). L'enfiteuta (lo vedremo in seguito) ha il possesso giuridico della cosa, e quindi dei frutti; per acquistare il dominio di questi ultimi, non abbisogna dunque di *apprehensio;* basta che essi cessino di essere una accessione, che non sieno più parte della cosa, ossia che sieno *separati.* Appena tale *separazione* è avvenuta, spiega la sua efficacia la concessione fatta dal proprietario all'enfiteuta di appropriarseli mano a mano che nascessero: specie di tradizione dei frutti medesimi, che il proprietario eseguì col trasferire all'enfiteuta il possesso giuridico della cosa fruttifera, in un con la facoltà di acquistare i frutti.

B) Il *possessore di buona fede* acquista la proprietà dei frutti mediante la *separazione.* - Mercè questa: *fructus statim, ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris sunt,* fr. 48, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1, *fructus statim bonæ fidei emptoris fit, nec usucapi debet* (fr. 4, § 19, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). È la legge che attribuisce alla semplice *separazione* l'effetto di trasformare il possesso del possessore di buona fede, in dominio (fr. 13, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.,* VII, 4; fr. 25, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1. Siffatta disposizione legislativa non è ingiusta; e di vero, chi si crede in buona fede proprietario di una cosa, ne consuma ed aliena i frutti, appunto perchè è in quell'opinione, altrimenti li risparmierebbe, o modererebbe le sue spese per non essere astretto, onde sopperire alle medesime, ad alienare frutti non suoi; in una parola eviterebbe di creare un debito, che col decorrere degli anni può perfino superare le forze del suo patrimonio; se la legge riconoscesse il diritto nel proprietario, che rivendica la cosa sua dalle mani del possessore di buona fede, di esigere insieme con essa i frutti ormai consumati ed alienati, autorizzerebbe a carico di quest'ultimo l'esazione di un debito, creato a sua insaputa, da lui non preveduto, lasciato crescere dal creditore, o per negligenza colpevole, o forse per malizia; credito tale che potrebbe ridurre all'improvviso quel debitore alla miseria. Per altra parte la *cultura* e la *cura*, che il possessore di buona fede può avere spese a vantaggio della cosa posseduta, meritano una ricompensa: e questa la legge gli accorda col riconoscere che acquisti la proprietà dei frutti

della medesima (*Instit.*, § 35, *de rer. divis.*, II, 1). - Tuttavolta sebbene la legge dichiari che il possessore di buona fede acquista i frutti mediante la semplice separazione, e riconosca che non lice al proprietario della cosa che li ha prodotti di pretenderli se furono *consumati* o *alienati* (*Instit.*, § 35, *de rer. divis.*, II, 1; e § 2, *de off. jud.*, IV, 17; fr. 4, § 2, *Dig. finium regund.*, X, 1; fr. 40, *in f.* e fr. 41, *Dig. de acq. rer domin.*, XLI, 1), permette a tal proprietario il quale rivendica la cosa dalle mani di quel possessore, di esigere insieme la restituzione dei frutti tuttora *extantes* (*Instit.*, § 35, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 4, § 2, *Dig. fin. regund.*, X, 1; *cost.* 22, *Cod. de rei vindicat.*, III, 32). Di qui, alcuni interpreti del diritto Romano hanno dedotto che la separazione dei frutti non faccia veramente acquistare la proprietà dei medesimi al possessore di buona fede, subito che il proprietario della cosa che li ha prodotti, può ripeterli insieme con la cosa sua. - Erronea deduzione. - Imperocchè, come osservano ottimamente altri scrittori, non vi è nulla di contraddittorio fra l'essere proprietario di un oggetto, e l'essere nello stesso tempo obbligato a restituirlo ad un altro. Bastino a provarlo gli esempi del venditore, e di chi ha ricevuto il pagamento dell'indebito. Il venditore rimane sempre proprietario della cosa venduta, finchè non ne ha fatto la tradizione al compratore, e ciò non pertanto è obbligato a consegnarla; e chi ricevè la cosa che non gli era dovuta, sebbene ricevendola in pagamento, ne abbia acquistato la proprietà, è obbligato a restituirla. Dunque non è strano che il possessore di buona fede sia obbligato a restituire i frutti *extantes*, (qualora il proprietario della cosa che li ha prodotti intentando la *rei vindicatio*, li reclami come *causa rei*) sebbene con la separazione ne avesse acquistato la proprietà. Questa sua obbligazione personale, non è incompatibile con quella proprietà che la legge gli attribuisce; siffatta obbligazione personale deriva dall'equità, la quale vuole che i frutti non consumati nè alienati, ossia *esistenti*, *extantes*, si riguardino quasi come pendenti, prescindendo in qualche modo dal fatto della separazione dei medesimi. Importa avvertire che se il possessore di buona fede avesse usucapito la cosa, o l'avesse alienata, i frutti *extantes* della medesima non potrebbero essere reclamati. Essi non possono essere dunque obietto di una *rei vindicatio* a parte, ma possono soltanto essere compresi nella *rei vindicatio* della cosa, come una pertinenza della medesima (*causa rei*).

§ 130. Non tutti gli interpreti del diritto Romano seguitano intorno all'acquisto della proprietà dei frutti, che si verifica a favore del possessore di buona fede, la teorica che abbiamo esposto. Vi ha chi pretende, che il possessore di buona fede acquisti con la separazione i *soli frutti industriali;* costoro si fondano sul § 37, *Instit. de rer. divisione,* II, 1, ove è detto che quell'acquisto gli è dalla legge attribuito *pro cultura et cura*: di qui deducono (trascurando le esplicite parole in contrario del fr. 48 *pr.*, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1), che siffatto acquisto sanzionato dalla legge, non è riferibile ai frutti *naturali*, i quali non richiedono *cultura et cura.* Ma se si considera che i frutti tutti esigono se non *cultura*, almeno *cura;* e di più che questa della *cultura* e della *cura* non è l'unica ragione della legge: è facile riconoscere l'erroneità della riferita opinione. Altri sostengono che il possessore di buona fede acquista con la separazione dei frutti soltanto una proprietà revocabile sui medesimi, la quale per divenire irrevocabile abbisogna dell'usucapione. A questa teorica resistono le espressioni chiarissime dei testi poco sopra da noi citati, ove è detto esplicitamente che con la separazione il possessore di buona fede acquista *subito, statim,* la proprietà dei frutti: e più poi resiste il riflesso che nel diritto Giustinianeo non si conosce usucapione di una cosa *propria.* Ma noi non faremo altre parole intorno a tali questioni, convinti come siamo che in un libro elementare la polemica sia fuori di luogo.

§ 131. Il possessore di buona fede, acquistando la proprietà dei frutti mediante la separazione, si verificano a suo favore tanti acquisti quante sono le separazioni che egli eseguisce; e siccome la legge gli concede di acquistare la proprietà dei frutti a condizione che sia in buona fede, è da ritenersi, checchè ne pensasse Giuliano nel fr. 25, § 2, *Dig. de usuris,* XXII, 1, che ad ogni separazione siffatta buona fede debba esistere in lui, affinchè le separazioni medesime riescano acquisitive (fr. 23, § 1; fr. 40; fr. 48 *pr.*, § 1, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1). Il possessore di *buona fede* di una cosa *furtiva* o *vi possessa* acquista la proprietà dei frutti della medesima, perchè egli non li acquista mediante la usucapione (cui resisterebbe il carattere di *furtiva* o di *vi possessa,* che ha la cosa che li produsse) ma con la separazione (fr. 48, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 48, § 6, *Dig. de furlis*, XLVII, 2).

§ 132. Il possessore di buona fede acquista con la separa-

zione la proprietà dei *frutti:* dunque non acquista gli alberi ed i grossi rami svelti o schiantati dal turbine, perchè questi non sono frutti, ma parte e sostanza del fondo; acquista invece la rimondatura di un bosco ceduo, perchè questa è *fructus;* non acquista il parto della schiava, perchè, al dire di Ulpiano, essa non è destinata alla procreazione ma al servigio (fr. 27, *Dig. de hered. petit.*, V, 3), o più veramente, come diceva Gajo, e ripetono le Istituzioni imperiali, *quia absurdum videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum, natura hominum gratia comparavit* (fr. 28, *Dig. de usuris,* XXII, 1; *Instit.*, § 37, *de rer divis.*, II, 1; fr. 68, *Dig. de usufr. et quemad.*, VII, 1); acquista i parti degli animali, perchè questi insieme con la lana e col latte, sono frutti.

§ 133. Il possessore di *mala fede* non acquista mai la proprietà dei frutti: la legge non vuole premiato il suo delitto, nè che quel delitto dia origine a diritti civili; quindi egli è costretto a restituire tutti i frutti *percepti* e *percipiendi,* e di più ad indennizzare il proprietario pei frutti *consumati* (*Instit.*, § 35, *de rer. divis.,* II, 1; fr. 4, § 2, *Dig. finium. regund.*, X, 1; fr. 5, *Dig. de usuris,* XXII, 1).

VII. Altri modi di minor rilievo.

§ 134. Per acquistare il dominio, modi non generali come gli antecedenti, ma specialissimi, ed ignoti al Codice Civile italiano, sono questi:

a) La coltivazione biennale di un fondo abbandonato (*cost.* 8, *Cod. de omni agro deserto,* XI, 58).

b) Il restauro di un edifizio eseguito da un condomino, qualora gli altri condomini lascino decorrere, nonostante la sua domanda, 4 mesi senza rimborsarlo delle spese occorse, e degli interessi alla ragione del 12 per % all'anno (fr. 52, § 10, *Dig. pro socio,* XVII, 2; *cost.* 4, *Cod. de ædif. priv.*, VIII, 10).

c) Il contrabbando, pel fisco o per gli appaltatori delle pubbliche rendite (*publicani*) è causa di acquistare il dominio delle cose sottratte al pagamento della gabella (fr. 8; fr. 14; fr. 16, § 10, *Dig. de public. et vectig.*, XXXIX, 4; *Cod. tit. de vect. et commis.*, IV, 61).

d) Finalmente vuolsi ricordare, che chi tentasse con la violenza riprendere la cosa propria detenuta da un altro, ne perderebbe la proprietà a favore di questo detentore.

CAPITOLO VI.

MODI COI QUALI SI PERDE IL DOMINIO.

§ 135. Il dominio si perde: o *per volontà* del proprietario, o *contro la sua volontà*.

A) Per *volontà del proprietario* si perde il dominio:

1° Per l'*alienazione* che egli ne fa legittimamente, quando ha facoltà di alienare (vedi *Introduzione,* sez. IV, § 237, e lib. II, § 108).

2° Per *abbandono,* ossia per renunzia al dominio, senza trasferirlo ad altri; la cosa allora diviene *nullius*, e può essere acquistata dal primo occupante (*Instit.*, § 47, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 5, § 1, *Dig. pro derelicto,* XLI, 7).

3° Per distruzione della cosa fattane dal proprietario, o pel collocamento della medesima fuori di commercio (fr. 17 *pr.; Dig. de usufr.*, VII, 1; *Instit*, § 9, *de rer. divis.*, II, 1; *Instit.*, § 16, *de legatis,* II, 20).

4° Per la tolleranza dell'altrui usucapione sulla cosa; il silenzio del proprietario per tutto il tempo necessario a compiere la usucapione, si interpreta qual volontà di lasciare il dominio.

B) Contro la volontà del proprietario si perde il dominio:

1° Quando la cosa che ne è obietto perisce, o per caso, o perchè è distrutta da altri.

2° Quando è posta da altri fuori di commercio (*Instit.*, § 8 e 9, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7 e 8, *Dig. de relig.*, XI, 7).

3° Quando se ne impadronisce il nemico, e quando le cose prese al nemico, sono riprese da lui (fr. 20, § 1; fr. 28, *Dig. de captivis,* XLIX, 15; *Instit.*, § 17, *de rer. divis.*, II, 1).

4° Quando un fondo è *permanentemente* occupato dalle acque, nel qual caso, sebbene alla perfine si ritirassero, non ritornerebbe all'antico proprietario (fr. 7, § 6, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1; fr. 1, § 5 e 7, *Dig. de flumin.,* XLIII, 12; *Instit.*, § 24, *de rer. divis.*, II, 1).

5° Quando gli animali selvatici ricuperano la libertà natu-

rale, e quelli addomesticati perdono l'abitudine di ritornare (*Instit.*, § 12, 14 e 15, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 3, § 2; fr. 4; fr. 5 *pr.*, § 4 e 5, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1).

6° quando il dominio, contro la volontà del proprietario, dalla legge è attribuito ad altri; in conseguenza del principio *plures eamdem rem in solidum habere non possunt,* l'antico proprietario cessa allora di esserlo. Ciò si verifica, p. e., se altri acquista il dominio della cosa nostra, per specificazione, accessione, aggiudicazione ec. ec.;

7° quando il proprietario perde la capacità giuridica; ciò avveniva nel gius Antico per una *capitis diminutio* qualunque, ma in gius Nuovo soltanto per la magna *capitis diminutio;*

8° quando la legge stabilisce la perdita della proprietà di certe cose, qual pena di un delitto;

9° finalmente quando si verifica uno di quei casi eccezionali, nei quali vedemmo il dominio essere revocabile (vedi sopra, § 77).

CAPITOLO VII.

DELLE AZIONI A DIFESA DEL DOMINIO.[1]

§ 136. Queste azioni sono:

1° La *Rei vindicatio,*

2° L'*Actio negatoria,*

3° La *Publiciana in rem actio.*

[1] Il Codice accorda delle azioni a difesa del dominio alla pari del diritto Romano, se nonchè non dà loro ordinariamente nomi speciali, ove se ne eccettui la *rivendicazione,* più volte ricordata (vedi gli art. 439, 451, 706, 1486, n° 2; 1510, 1513, 1842) ma talora anch' essa indicata con qualche perifrasi (art. 39, 456, 708, 1515, 2146 ec.)

È indubitato che eziandio nel sistema del Codice è ammissibile l' esperimento dell'*azione Pubbliciana* a favore del compratore di una cosa *a non domino,* il quale è in via di prescriverla, e che ne perdè il possesso, e contro un possessore che ha un titolo *meno colorato* del suo (vedi Pothier, Delvincourt, Duranton e Troplong, *Della vendita,* n° 235).

Appena occorre dire che il Codice implicitamente ammette l' azione *negataria* a favore del proprietario contro chi pretenda esercitare sulla cosa di lui attore una servitù o altro diritto reale che il convenuto non ha diritto di esercitare. Ma ripetiamo, il Codice non ricorda in generale il nome delle azioni, ove se ne eccettuino la petizione di eredità (art. 44), l'azione ipotecaria (art. 418, 1033, 1510) e poche altre; perchè nel sistema dell' odierna nostra procedura l' attore non è obbligato, come lo era per diritto Romano, a indicare il nome dell'azione che vuole intentare in giudizio, e basta che esponga sommariamente l' oggetto della sua domanda ed i fondamenti sui quali vuole appoggiarla (vedi, *Codice di Procedura civile,* art. 35, 37, 134).

1° *Rei vindicatio.*

(*Dig.*, lib. VI, tit. 1, *de rei vindicatione, Cod.*, lib. III, tit. 32, *de rei vindicatione.*)

§ 137. È *un'azione reale, con la quale il proprietario ripete da qualunque possessore o detentore la cosa propria, con ogni suo accessorio* (fr. 25, *Dig. de oblig. et act.*, XLIV, 7). Tutte le cose che sono obietto di dominio, possono essere rivendicate, laonde sono rivendicabili tutte le *cose corporali,* che sono nel commercio degli uomini. Diciamo le cose *corporali:* per conseguenza veniamo ad escludere eredità, peculio, insomma quelle che dicemmo essere università di diritto (fr. 56, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1). Chi pretende un'eredità o una parte della medesima, bisogna che dimostri d'essere erede, e che intenti la *hereditatis petitio;* lice per altro rivendicare le *res singulæ,* che possono essere in un'eredità od in un peculio (fr. 1, § 1, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1; fr. 56, *Dig. eod.*). Circa alle *universitates facti* o *rerum,* è da osservare che a rigore esse pure non possono essere obietto di *rei vindicatio*, e che in realtà si rivendicano le cose che le compongono e che ci appartengono; se non che nel fare la domanda, per indicarle si può adoperare il nome collettivo sotto il quale vanno. Si può, verbigrazia, rivendicare un gregge, una biblioteca, purchè sieno designate precisamente e completamente (fr. 1, § 8; fr. 6, *Dig. h. t.*, VII, 1); e ciò si può ancora quando non siamo proprietari, p. e., di tutti gli animali che compongono il gregge, ma di più della metà dei medesimi (fr. 1, § 3 e fr. 2, 3, *Dig. h. t.*, VI, 1). Lice rivendicare non solamente una cosa per intiero, bensì ancora una parte, sia intellettuale sia corporale, della medesima (fr. 8; fr. 49, *Dig. h. t.*, VI, 1). L'importante è che questa parte che si rivendica sia *determinata* (fr. 6, *Dig. h. t.*, VI, 1); ciò non pertanto, se per ragioni plausibili non potesse determinarsi: come, p. e., se un legatario rivendicasse la cosa legatagli prima della detrazione della quarta falcidia (fr. 76, § 1, *Dig. h. t.*, VI) sarebbe ammessa la *rei vindicatio* di una parte non bene determinata della medesima. Se la cosa che vogliamo rivendicare è unita ad un'altra, ma è separabile da quella, prima di intentare la *rei vindicatio* dobbiamo con l'*actio ad exhibendum*, ottenerne la separazione (fr. 23, § 5, *Dig. h. t.*;

fr. 6, *Dig. ad exhib.,* X, 4). Obietto di rivendicazione possono essere ancora degli atti o istrumenti, come un testamento, una confessione di debito ec. (fr. 3, *Dig. testam. quemad. aper.,* XXIX, 3).

§ 138. Valersi della *rei vindicatio* può per regola soltanto il proprietario che ha perduto per fatto altrui la fisica disponibilità della cosa, ossia che non possiede (*Instit.*, § 2, *de action.*, IV, 6; fr. 1, § 6, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17). La *rei vindicatio utilis*, o l'*actio in rem utilis* è per eccezione accordata a chi non è proprietario: come p. e. al pupillo ed al militare per rivendicare le cose comprate coi loro danari (fr. 2, *Dig. quando ex facto tutoris*, XXVI, 9; *cost.* 3, *Cod. arbitr. tut.*, V, 51; *cost.* 8, *Cod. de rei vind.*, III, 32; fr. 55, *Dig. de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1). L'attore che intenta la *rei vindicatio* deve provare:

1° che è *proprietario* della cosa che si fa a rivendicare. Ma basta che egli provi averne una volta acquistato il dominio, affinchè si presuma, in conseguenza della perpetuità del medesimo, che persista in lui ancora attualmente, e sta alla parte avversa a provare il contrario (fr. 5, fr. 17, *Dig, de probat.*, XXII, 3; fr. 22, *Dig. de legat.*, II, 31; fr. 11, § 12, *Dig. de legat.,* III, 32). Qualora l'attore abbia acquistato la cosa da altri, deve provare che egli l'acquistò mediante un atto legittimo, e di più che il suo autore era proprietario: altrimenti non avrebbe potuto trasmettergli un dominio che egli non aveva (fr. 54, *Dig. de reg. jur.,* L, 17; fr. 20 *pr.*, *Dig. de acq. rer. dom.,* XLI, 1). Per dimostrare che il suo autore era proprietario, l'attore prova che costui od uno degli autori mediati acquistarono la cosa in un modo efficace e legittimo: ovvero prova di aver posseduto la cosa, o solo od insieme coi suoi autori, pel tempo e con le condizioni che si richieggono ad usucapirla (fr. 20 *pr.*, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1);

2° deve l'attore in secondo luogo provare che il reo convenuto è in possesso della cosa rivendicata; giacchè è il fatto del possesso di costui, che costituisce la violazione del diritto di proprietà dell'attore (fr. 1, § 6, *Dig. uti possidetis,* XLIII, 17). Il proprietario che possiede non può intentare la *rei vindicatio* sotto il pretesto che altri gli contesti il suo diritto di possedere; quando non è spogliato non ha azione, perchè non ebbe a patire violazione del suo diritto (*Instit.*, § 2, *de actionibus*, IV, 6).

§ 139. La *rei vindicatio* viene intentata dal proprietario contro chi *possiede,* o *detiene* la cosa sua. Diciamo non solo

contro il possessore, ma ancora contro il detentore (fr. 9, *Dig. de rei vindic.*, VI, 1), sebbene sappiamo che in antico alcuni giureconsulti, fra i quali Pegaso, ammettessero la *rei vindicatio* soltanto contro chi possedeva *ad interdicta;* ma l'opinione contraria prevalse. Contro il detentore la *rei vindicatio* può essere intentata, tanto dal proprietario da cui riconosce quella detenzione, quanto dal proprietario dal quale non la riconosce. Quando il proprietario intenta la *rei vindicatio* contro il detentore che riconosce da lui attore la sua detenzione, si verifica quel caso più presto singolare che raro (*unus casus*) cui appella il § 2 delle Istituzioni imperiali al titolo *de actionibus* (IV, 6), nel quale lice al proprietario, sebbene possegga, intentare la *rei vindicatio.* Ed il proprietario in tal caso *possiede,* perchè col concedere ad altri la detenzione della cosa non cessò di esserne *possessore* nel senso giuridico; esso sebbene possegga, ripetiamolo, può per eccezione rivendicare la cosa. Il detentore della cosa, contro cui è intentata la *rei vindicatio,* può evitare la lite designando il vero possessore a nome del quale detiene (*dominum nominare, nominatio seu laudatio domini*) contro il quale eziandio, allora deve essere diretta la *rei vindicatio* (fr. 9, *Dig. h. t.*, VI, 1; *cost.* 2, *Cod. ubi in rem actio*, III, 19). In due casi taluno può essere passibile della *rei vindicatio*, sebbene non possegga la cosa rivendicata:

a) quando il *possessore di cattiva fede* con intenzione fraudolenta, o almeno per sua colpa cessò di possedere, *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret.* Ciò da primo fu ammesso quanto alla *hereditatis petitio,* ma dalla giurisprudenza interpretativa fu poi esteso alla *rei vindicatio* (fr. 25, § 2, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 27, § 3; fr. 36 *pr.*, *Dig. de rei vind.*, VI, 1; fr. 131, 157, § 1, *Dig. de reg. juris,* L, 17).

b) quando chi, sebbene di fatto non possedesse, dichiarò di possedere, e contestò la lite come se possedesse, *qui liti se obtulit,* onde dare, per esempio, ad altri occasione e tempo di compiere l'usucapione della cosa, pendente il giudizio (fr. 25, 26, 27, *Dig. de rei vind.,* VI, 1). In questi due casi, siccome chi non possiede è trattato come se possedesse, si dice comunemente che è un *fictus possessor*, o che ha una *ficta possessio*, e che il suo *dolus pro possessione est.* È trattato in questi due casi come se possedesse, conciossiachè egli venga condannato a

restituire la cosa, o ciò non facendo, a pagarne la stima. Il possessore che impugna al rivendicante di possedere, è condannato soltanto per tale menzogna, a perdere il possesso, senza che l'altro sia in tal caso obbligato a provare il suo dominio (fr, 80, *Dig. h. t.*, VI, 1; fr. 20, § 1, *Dig. de interrog. in jure fac.*, XI, 1; *Nov.* 18, cap. 10), ed allora invertite le parti, starebbe al reo convenuto a provare che l'attore non è proprietario.

§ 140. Lo scopo remoto della *rei vindicatio* è la restituzione del possesso della cosa all'attore; conseguenza della dichiarazione (scopo prossimo) che l'attore è proprietario, e che il reo convenuto ha l'obbligo di restituirla. Ma la cosa deve essere restituita con le sue pertinenze ed accessioni, *cum omni causa* (fr. 17, § 1 e fr. 20, *Dig. h. t.*, VI, 1; fr. 35, 75, 246, § 1, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Il reo convenuto che soccombe deve all'attore tutto ciò che questi avrebbe avuto se la cosa gli fosse stata restituita nel momento della contestazione della lite, vale a dire:

I. La cosa *in natura* se è possibile (fr. 68, *Dig. h. t.*, VI, 1; *Instit.*, § 2, *de officio judicis* IV, 17). Ma se è impossibile restituire la cosa in natura perchè è perita, bisogna distinguere se quella impossibilità è imputabile al reo convenuto, o no:

a, se non è imputabile al reo convenuto, ed egli 1) era *in buona fede,* non è obbligato a cosa alcuna (fr. 27, § 1, *Dig. h. t.,* VI, 1), ma se era 2) in *cattiva fede,* è responsabile di qualunque danno risentito dal proprietario, qualora questi dimostri che la cosa non sarebbe perita se gli fosse stata restituita prima (fr. 40, *Dig. de hered. petit.,* V, 3; fr. 15, § 3, *Dig. h. t.*, VI, 1; fr. 30, § 1, *Dig. de jurejurando*, XII, 2);

b) se è imputabile al reo convenuto la impossibilità in cui egli si trova di restituire la cosa in natura, qualora gli sia imputabile per sua negligenza (*culpa*), deve pagare il valore dell'oggetto litigioso e di più i danni e gli interessi tassati dal giudice: *æstimatio rei,* o *litis;* e qualora gli sia imputabile per dolo (*dolus*) di lui, deve pagare il valore dell'oggetto litigioso e di più i danni e gli interessi, nella tassazione dei quali si sta alla dichiarazione giurata del proprietario: *jusjurandum in litem* (fr. 68, 71, *Dig. h. t.,* VI, 1; fr. 4, § 4; fr. 5, § 3, *Dig. de in litem jur.*, XII, 3). Ma nel caso in cui è imputabile di *culpa,* il reo convenuto che ha pagato l'*æstimatio rei* o *litis;* è considerato come un compratore della cosa, e per conseguenza può ottenere la

medesima se questa esiste tuttora, ed egli riesce a scuoprirla (fr. 46, 47, 63, *Dig. h. t.*, VI, 1; *cost.* 21, *Cod. eod.*, III, 32): nel caso in cui è imputabile di *dolus* invece, il pagamento della *æstimatio rei* o *litis* non gli dà nessun diritto, l'attore conserva la sua proprietà sulla cosa, e può rivendicarla ovunque la trovi (fr. 69, 70, *Dig. h. t.*, VI, 1; fr. 95, § 9, *Dig. de solutionibus,* XLVI, 3).

II. Oltre alla restituzione della cosa in natura o al pagamento dell'*æstimatio rei* o *litis*, il reo convenuto deve all'attore eziandio i *frutti* che ha percetti (*percepti*), e quelli che avrebbe potuto percipere l'attore (*percipiendi*), qualora detto reo convenuto fosse in *cattiva fede* (*cost.* 22, *Cod. h. t.*, III, 32; fr. 62, § 1, *Dig. h. t.*, VI, 1; *Instit.*, § 2, *de off. jud.*, IV, 17); se fosse in buona fede, soltanto i frutti *extantes* vale a dire esistenti, non consumati, nè alienati (fr. 78, *Dig. h. t.*, VI, 1 e vedi poco sopra, § 129, lett. *B*). Appena occorre avvertire che la contestazione della lite pone in mala fede chi possedeva in buona fede, talchè da quel momento il reo convenuto è da parificarsi a tutti gli effetti ad un possessore di mala fede (fr. 20, § 11; fr. 25, § 7, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 45, *Dig. h. t.*, VI, 1; *cost.* 2, *Cod. de fruct. et lit. exp.*, VII, 51).

III. Finalmente il reo convenuto in mala fede deve all'attore il risarcimento dei danni indiretti ed estrinseci, che questi sofferse per la non eseguita restituzione (fr. 81, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 13, *Dig. h. tit.*, VI, 1).

§ 141. Il reo convenuto può opporre alla *rei vindicatio* dell'attore diverse eccezioni. Può opporre l'*exceptio dominii*, e sostenere cioè, di essere padrone e di avere il diritto di possedere; può opporre di avere diritto di ritenere la cosa come usuario, usufruttuario, creditore pignoratizio, affittuario, commodatario ec. (fr. 20, *Dig. de acq. poss.*, XLI, 2; *Nov.* 18, c. 10); può opporre l'*exceptio rei venditæ et traditæ* (vedi sopra, § 112, può opporre l'*exceptio doli* per la refezione delle spese, che egli avesse fatto per la cosa e per i frutti. Questa *exceptio* avrà un esito diverso a seconda dell'indole delle spese medesime, ed a seconda della buona o mala fede del possessore.

1° Le spese *necessarie* debbono essere rimborsate a qualunque possessore o di buona o di mala fede, fuori che al ladro (*cost.* 5, *Cod. h. t.*, III, 32; fr. 38, *Dig. de hered. petit.*, V, 3).

2° Le spese *utili* sono in genere refettibili al possessore di

buona fede (fr. 33, *Dig. h. t.,* VI, 1), ma il possessore di mala fede non ha diritto ad ottenerne il rimborso; e tutto al più potrà esercitare l'*jus tollendi* (*cost.* 5, *Cod. h. t.,* III, 32).

3° Le spese *voluttuose* non danno altro diritto a chiunque le ha fatte, se non l'*jus tollendi* (fr. 27, § 5; fr. 37; fr. 38, *Dig. h. t.,* VI, 1; fr. 38, *Dig. de hered. petit.*, V, 3; fr. 9, *Dig. de impens. in res dotal. factis,* XXV, 1; *cost.* 5, *Cod. h. t.*, III, 32).

4° Le spese fatte per la produzione dei frutti, che debbono essere restituiti, sono refettibili a qualunque possessore (*cost.* 1, *Cod. de fruct. et lit. exp.*, VII, 51; *argom.*, fr. 36, § 5, *Dig. de hered. petit.,* V, 3). Ma si ritenga bene in mente, che sotto il titolo di spese si può dedurre o diffalcare soltanto ciò che eccede il valore dei frutti percetti, poichè questi si compensano con le spese (fr. 48, e fr. 65, *Dig. h. t.,* VI, 1).

2° *Actio negatoria.*

§ 142. La *rei vindicatio,* l'abbiamo veduto, serve a fare restituire il proprietario che non possiede al suo possesso; l'*actio negatoria* o *negativa* invece, può essere intentata dal proprietario, ogni qualvolta gli è impedito di esercitare il suo dominio nel modo ampio ed esteso che gli compete. Può avvenire infatti che il suo diritto di proprietà sia leso da altri, salvo per altro, il possesso; taluno insomma senza togliergli assolutamente la disponibilità della cosa, può turbargliela parzialmente. Ciò avviene quando è fatto delle cose altrui un uso parziale, senza il permesso del proprietario. Generalmente questa parziale lesione dell'altrui diritto di proprietà deriva dalla pretensione di avere un *jus in re aliena*, e specialmente una *servitus rei,* una *servitù sulla cosa.* E questa è la ragione, per la quale il maggior numero degli espositori del diritto Romano rappresenta l'*actio negatoria* come esclusivamente intesa a far cessare l'esercizio di una servitù *sulla cosa,* in chi non ha diritto di esercitarla, in altri termini come un'azione tendente a far dichiarare il proprio fondo libero da un'asserta servitù, ossia a farne riconoscere la libertà. Ma realmente l'uso di questa azione è più generale, perocchè, ripetiamolo, si possa adoperare per far cessare qualunque lesione del nostro diritto di proprietà,

quando non sia una lesione sì grave, da autorizzarne ad intentare la *rei vindicatio* (fr. 13 *pr.;* fr. 17 *pr., Dig. si servit. vind.,* VIII, 5; fr. 6, § 2, *Dig. arb. furt. cæsar.*, XLVII, 7).

§ 143. L'attore che intenta l'*actio negatoria,* sostiene di essere proprietario, e che il libero esercizio del suo diritto di proprietà è stato leso dal reo convenuto (fr. 5, *pr.*, *Dig. si usufr. petat.*, VII, 6; fr. 2, *pr.*, fr. 4, § 7, *Dig. si serv. vindic.*, VIII, 5). Appena egli ha provato la proprietà sua, e la lesione per parte del reo convenuto, ha satisfatto a tutte le sue incombenze in causa. Il reo convenuto opponendosi all'azione negatoria, può sostenere che egli ha diritto di fare quelli atti dei quali l'attore si duole; ma deve provare tale asserto suo diritto. A lui incombe questa prova, perocchè la proprietà si presupponga libera, illimitata ed esclusiva, come per sua natura essa è. L'attore nello sperimentare l'azione negatoria, tende a far cessare la parziale lesione del suo diritto di proprietà, *previa la dichiarazione che egli è proprietario.* Il reo convenuto è in conseguenza condannato a lasciargli liberamente esercitare il suo diritto, e per cotal guisa la sentenza deve dichiarare che la limitazione al diritto medesimo dell'attore, pretesa dal reo convenuto, non sussiste. Da siffatta dichiarazione *negativa* dipende il nome di *actio negatoria* o *negativa,* attribuito all'azione in discorso. Essa può essere sperimentata eziandio quando, senza una effettiva lesione parziale del diritto di proprietà, taluno emetta pretese che possano far temerne una lesione futura (fr. 5, § 6, *Dig. si ususfr. pet.*, VII, 6; fr. 6, § 1, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). Con l'*actio negatoria* si può ottenere ancora la riparazione del danno sofferto per le usurpazioni commesse dal reo convenuto. E per guarentire l'esecuzione della sentenza, chi la proferisce può imporre l'obbligo al reo convenuto di prestare cauzione, che non commetterà turbative ulteriori (fr. 5 *pr.*, § 6, *Dig. si usufr. pet.*, VII, 6; fr. 4, § 2; fr. 7; fr. 12; fr. 14 *pr.*, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; *cost.* 8, *Cod. de servitut.*, III, 34). Con l'*actio negatoria* si può ottenere la restituzione della cosa *cum omni causa,* se l'uso che altri fa della cosa nostra va congiunto con la detenzione della medesima: p. e., nel caso in cui taluno detenesse una cosa nostra, pretendendo esserne usufruttuario. Ma allora potremmo valerci eziandio della *rei vindicatio* (fr. 5 *pr.*, *Dig. si usufr. pet*, VII, 6).

3° *Publiciana in rem actio.*

(*Dig.*, lib. VI, tit. 2, *de Publiciana in rem actione.*)

§ 144. Nel trattare istoricamente delle vicende della proprietà (vedi sopra, § 68) dicemmo come la *Publiciana in rem actio* fu conceduta a chi non può vantare un possesso protratto per tanto tempo da avere compiuto l'usucapione, ma che si trova in condizione da usucapire; e che il pretore, nel concedere quest'azione, trattò il possessore che aveva cominciato l'usucapione come se l'avesse già compiuta, o per dirla con la frase volgare, *finse* che l'avesse compiuta. Lo scopo e gli effetti della *Publiciana* sono identici a quelli della *rei vindicatio*: *in Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ et in rei vindicatione diximus* (fr. 7, § 8, *Dig. h. t.*, VI, 2); ma tali azioni differiscono essenzialmente in questo, che l'attore nella *rei vindicatio* deve provare il suo diritto di proprietà, mentre nella *Publiciana* basta che provi il giusto titolo del suo possesso (fr. 1 *pr.*, *Dig. h. t.*); provatolo, egli ha dimostrato la sua buona fede e per conseguenza la sua condizione di possessore *ad usucapionem*. L'attore che esperimenta la *Publiciana*, deve dunque provare:

1° Che ha posseduto (fr. 7, § 16, *Dig. h. t.*, VI, 2), fuori che nei casi in cui la proprietà si trasmette *ipso jure* senza tradizione (fr. 1, § 2, *Dig. h. t.*, VI, 2; fr. 12, § 1, *eod.*); in questi casi lice sperimentare la *Publiciana* ancora prima del prendimento di possesso della cosa.

2° Che la cosa è suscettibile di usucapione *ordinaria* (fr. 9, § 5, *Dig. h. t.*, VI, 2), o almeno *straordinaria*, cioè di usucapione applicabile a quelle cose *quæ longo tempore capi possunt*, ma che con l'ordinaria *usucapi non possunt* (fr. 12, § 2, 4, *Dig. h. t.*, VI, 2).

3° Il giusto titolo del suo possesso, che può essere anche putativo, purchè l'errore sul titolo sia di fatto, specialmente di fatto altrui, e scusabile (fr. 7, § 2, *Dig. h. t.*, VI, 2). Queste prove sono molto più facili a fornirsi delle prove che si richiedono per dimostrare la proprietà, talchè il proprietario può riconoscere meglio vantaggioso per lui servirsi della *Publiciana* che della

rei vindicatio; onde si spiega l'uso più frequente, per parte del proprietario, di quella anzichè di questa.

§ 145. La *Publiciana in rem actio* si esperimenta contro un reo convenuto, che è in condizioni uguali a quelle del reo convenuto nel giudizio di rivendicazione. Per ottenere vittoria sul medesimo, è necessario che egli possieda a minor buon diritto dell'attore. Laonde l'attore verrà respinto:

1° Dal reo convenuto che possiede a titolo di proprietario. La *Publiciana* viene allora vinta dall'*exceptio dominii*: il vero padrone deve prevalere a chi è soltanto *trattato* o *considerato* come tale (fr. 16, 17, *Dig. h. t.*, VI, 1). Ma quest'eccezione potrebbe essere paralizzata dalla *replicatio rei venditæ, et traditæ*, o *rei judicatæ* (fr. 4, § 32, *Dig. de doli exc.*, XLIV, 4; fr. 24, *Dig. de exc. rei jud.*, XLIV, 2).

2° Da un possessore che possiede ugualmente *ad usucapionem*, ma al quale pel primo la tradizione della cosa fosse stata fatta *ab eodem non domino*, ossia dallo stesso autore non padrone. Se poi la tradizione non fosse stata fatta dal medesimo autore ai due possessori *ad usucapionem*, dovrebbe fra loro trionfare quello che è in possesso: *melior est*, anche in questo caso, *conditio possidentis* (fr. 9, § 4, *Dig. h. t.*, VI, 2; fr. 14, *Dig. qui potiores in pignore*, XX, 4), sebbene Nerazio pensasse diversamente (fr. 31, § 2, *Dig. de act. emti*, XIX, 1), ma la opinione contraria alla sua fu adottata dai giureconsulti posteriori, e di essa fu detto: *quæ sententia vera est* (fr. 9, § 4, *Dig. h. t.*, VI, 2).

PARTE III.

Delle servitù.

CAPITOLO I.

DELLE SERVITÙ IN GENERALE.

§ 146. Il dominio è per indole propria un diritto assoluto, esclusivo, illimitato; la condizione della cosa che è obietto del medesimo, dicesi *libertas rei*; ma se al dominio sono apposte alcune limitazioni, talchè una persona diversa dal proprietario ha un diritto frazionario del dominio sulla cosa di costui, si dice

che la cosa serve, *res servit,* e che è in condizione di *servitus; servitus rei* è dunque, il contrapposto di *libertas rei. Servitus* tuttavolta, è parola che si adopera ad esprimere ancora il diritto a cui favore il dominio altrui è limitato. Tutti gli *jura in re* (*aliena*) essendo una limitazione del dominio, potrebbero chiamarsi *servitù*, e talvolta qualcheduno fra essi così è chiamato (vedi fr. 86, § 4, *Dig. de legatis*, I, 30); ma le leggi romane d'ordinario riserbano il nome di *servitù* ad una classe speciale degli *jura in re* (*aliena*), ed agli altri attribuiscono nomi propri, probabilmente perchè (come osserva il Savigny) quando gli altri *jura in re* furono riconosciuti quali istituzioni giuridiche, già esistevano le antiche servitù, ed il loro sistema aveva avuto troppo grande un esplicamento, talchè fosse dato fare entrare nella loro categoria, per così dire ormai chiusa, delle istituzioni nuove, le quali per giunta, consistevano in poteri sulla cosa altrui più estesi e più prossimi al dominio. Due caratteri distintivi hanno le servitù, di fronte agli altri *jura in re.* L'uno è istorico, e consiste nell'antichità loro: esse furono il primo fra tutti gli *jura in re*, ed ebbero sanzione nel diritto Civile più antico, mentre gli altri *jura in re* debbono la loro origine al diritto Civile recente, o al diritto Pretorio. L'altro carattere distintivo delle servitù, è il loro legame, intimo tanto, col loro subietto, che non possono esserne staccate nè trasferite ad altri separatamente senza annientarle: singolarità che gli altri *jura in re aliena* non hanno; questi sono alienabili soli. Le servitù possono essere definite come: *Un diritto costituito sopra una cosa altrui, in forza del quale il proprietario della medesima è astretto od a soffrire che un altro faccia su quella ciò che come non proprietario non avrebbe potuto fare; od è obbligato a tralasciare di fare su di essa, in vantaggio altrui, ciò che come proprietario avrebbe potuto fare* (fr. 15, § 1, *Dig. de servit.,* VIII, 1).

§ 147. Prima di indicare le più importanti distinzioni delle servitù, è prezzo dell'opera dichiarare alcuni principii generali comuni ad esse tutte.

a) Le servitù essendo un diritto frazionario del dominio, non possono esistere, che sulla cosa *corporale altrui,* onde la regola; *res sua nemini servit* (fr. 26, *Dig. de servit. præd. urb.,* VIII, 2; fr. 33, § 1, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 5 *pr.*, *Dig. si ususfr. pet.*, VII, 6; fr. 78 *pr.*, *Dig. de jure dotium*, XXIII,

3): vale a dire non può esistere una servitù *in re propria.* Il proprietario avendo come tale una *plena in re potestas*, ha qual conseguenza del suo dominio tutti i diritti frazionari che lo compongono, e per ciò anche i diritti in cui le servitù consistono, e che dal dominio (di cui sono parte integrante) si possono distinguere soltanto, quando sono costituiti a favore di chi proprietario non è.

b) Le servitù essendo un diritto sopra una cosa *corporale*, non possono avere per obietto una cosa che corporale non sia: quindi la regola; *servitus servitutis esse non potest* (fr. 1, *Dig. de usu. et usuf. per leg. datis*, XXXIII, 2; fr. 33, § 1, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 5 *pr., Dig. si ususfr. pet.,* VII, 6; fr. 78 *pr., Dig. de jure dotium,* XXIII, 3), cioè una servitù non può essere obietto di un'altra servitù. Aggiungasi che per costituire una servitù bisogna essere proprietari, avere cioè il dominio, dal quale si distaccano quelle facoltà frazionarie, in cui le servitù consistono: dunque chi non è proprietario, e gode soltanto di una servitù, non ne può costituire un'altra sulla sua.

c) Le servitù, lo abbiamo detto nel definirle, consistono per parte del proprietario della cosa che serve, o nel *tralasciare* di fare (*in non faciendo*) o nel *soffrire che altri faccia* (*in patiendo*); nel proprietario della cosa che serve, non consistono mai nel *fare* (*in faciendo*); le servitù infatti sono una limitazione della *libertà della cosa* e non della *libertà personale* del proprietario; sono un onere della *cosa* non *una obbligazione* del padrone. Se questi si obbligasse a fare sulla cosa propria un lavoro che giovasse altrui, non costituirebbe un *jus in re* sulla medesima, ma contrarrebbe un rapporto obbligatorio della sua persona, un vincolo personale. L'obbligo nel proprietario della *res quæ servit* di fare qualche cosa, è incompatibile con la natura degli *jura in re:* perocchè questi esistono astrazione fatta da qualunque persona diversa da quella che gode il diritto (vedi sopra libro II, § 22), e l'obbligo *di fare* suppone sempre una persona determinata cui quest'obbligo incomba, vincolata verso altra che gode del diritto a quell'obbligo corrispondente (fr. 15, § 1, *Dig. de servit.,* VIII, 1; fr. 6, § 2, *Dig. si servit. vindic.*, VIII, 5; fr. 81, § 1, *Dig. de contrah. emt.,* XVIII, 1).

d) La servitù deve procurare un vantaggio ad un fondo o

ad una persona: in altre parole, fa di mestieri che renda migliori le condizioni di un fondo, facendone il godimento più gradito o più proficuo, o che permetta ad una persona di usare e di godere della cosa altrui. Se nessuno di questi effetti potesse conseguirsi, non esisterebbe servitù (fr. 15 *pr., Dig. de servit.*, VIII, 1); le leggi non ammettono una limitazione ai diritti altrui, quando non esiste chi abbia interesse a limitarli.

e) Le servitù essendo un *jus in re*, un diritto sulla cosa *quæ servit,* possono essere esercitate a carico di qualunque sia proprietario o possessore della cosa stessa (fr. 20, § 1, *Dig. de acq. rer. dom.*, XLI, 1).

f) Le servitù debbono essere esercitate nel modo stabilito, ed in generale nel modo meno oneroso pel proprietario, o come si dice nel testo; *civiliter* (fr. 9, *Dig. de servit.*, VIII, 1).[1] Non è lecito modificare l'esercizio di una servitù, in guisa da renderla

[1] Tutti i principii generali relativi alle servitù, che nel testo alle presenti note sono dichiarati, sono, implicitamente alcuni, esplicitamente altri, adottati dal Codice nostro. Il Codice stesso, per altro, relativamente al modo col quale le servitù si esercitano, contiene così esplicite dichiarazioni, che giova riferirle.

L'esercizio e l'estensione della servitù sono regolati dal titolo, ed in difetto, dalle disposizioni seguenti: (art. 646, capoverso 1°).

Il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne. Così la servitù di attingere acqua alla fonte altrui, racchiude il diritto del passaggio nel fondo dove la fonte si trova. Parimente il diritto di far passare le acque nel fondo altrui, comprende quello di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti. Nel caso in cui il fondo venisse chiuso, dovrebbe il proprietario lasciarne libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù per l'oggetto sopra indicato (art. 639).

Nel dubbio circa l'estensione della servitù, il suo esercizio deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante, col minor danno del serviente (art. 647).

Chi ha un diritto di servitù non può usarne se non a norma del suo titolo o del suo possesso, e senza che tanto nel fondo servente, quanto nel dominante possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del primo (art. 646).

Il proprietario del fondo serviente non può fare cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù o a renderlo più incomodo. Non può quindi variare lo stato del fondo, nè trasferire l'esercizio della servitù in luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilita. Tuttavia se l'originario esercizio fosse divenuto più gravoso al proprietario del fondo serviente, o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo ugualmente comodo per l'esercizio de' suoi diritti, e questi non può ricusarlo. Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù può parimente ammettersi ad istanza del proprietario del fondo dominante, ove questi provi che il cambiamento riesca per lui di notabile vantaggio e non sia di danno al fondo serviente (art. 645).

Se il fondo a cui vantaggio fu stabilita una servitù, viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, senza che si renda più gravosa la condizione del fondo serviente; così, trattandosi di un diritto di passaggio, ciascun

più onerosa per la cosa che serve; lice modificarlo in guisa da farla onerosa meno (fr. 20, § 5, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2); ma per altra parte il proprietario della *res quæ servit*, non deve fare cosa alcuna che arrechi impedimento all'esercizio della servitù, o che lo renda più incomodo (fr. 20, § 6, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2; fr 13, § 1, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 11 *pr.*, *Dig. de aqua et aq. pluv. arcend.*, XXXIX, 3; *cost.* 5, *Cod. de servit. et aqua*, III, 34), e deve soffrire tutto quanto è necessario all' esercizio della servitù conceduta, ancorchè non esplicitamente siasi a questo obbligato (fr. 15, *Dig. de servit. præd. rust.* VII, 3; fr. 11, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 10, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 3, § 16, *Dig. de itinere actuque privato*, XLIII, 19).

g) Le servitù sono *indivisibili* (fr. 11; fr. 17, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 6, § 1, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 7, *Dig. ad leg. Falcidiam*, XXXV, 2): consistendo esse o *in non faciendo* o *in patiendo*, non si saprebbe estendere l'idea della divisione a queste due maniere di subiezione. Egli è perciò che esse non possono essere acquistate, esercitate, vendicate, perdute parzialmente, (fr. 4, § 3 e 4; fr. 6, § 4, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 11, fr. 17 *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 6, § 1, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 18 *de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 8, § 1, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6). La sola servitù divisibile è (per eccezione) l' usufrutto, perchè i vantaggi che ne resultano possono dividersi (fr. 5, *Dig. de usufruct. et quemad.*, VII, 1; fr. 25, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4).

h) Le servitù come contrarie all'indole del dominio, diritto assoluto, esclusivo, ed illimitato, non si presumono mai (fr. 13, § 1, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; *cost.* 9, *Cod. de servit. et aqua*, III, 34).

proprietario di una porzione del fondo dominante deve usarne nello stesso luogo (art. 644).

È un principio fondamentale del diritto Romano in materia di servitù che il proprietario del fondo servente non è mai tenuto *a fare*, e che la servitù non ha per lui altro effetto che di costringer*lo* a soffrire che altri faccia (*servitus in patiendo*) e ad astenersi da*l* fare (*servitus in non faciendo*). Coerentemente a questo principio, il Codice nostro dichiara che quando pure il proprietario del fondo serviente fosse tenuto, in forza del titolo, alle spese necessarie per l' uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo serviente al proprietario del fondo dominante (art. 643).

§ 148. La capitale distinzione delle servitù si fonda sul subietto a favore del quale sono costituite, ed è la distinzione:

a) In servitù *personali* e servitù *reali* o *prediali* (fr. 1, *Dig. de servit.*, VIII, 1).

1° *Personarum servitutes,* sono quelle costituite a favore di una persona determinata. Sono inerenti ad una persona, e la presuppongono come un elemento essenziale: non possono mai essere costituite a favore di una cosa; tali sono, come vedremo, l'*usufrutto*, l'*uso ec.*

2° *Prædiorum servitutes* o *rerum servitutes;* competono anche esse ad una persona, perchè qualunque diritto, e per conseguenza anche quello di servitù, presuppone necessariamente per subietto una persona: ma differiscono dalle personali in questo, che non sono inerenti ad un individuo determinato, sibbene a *chiunque rivesta la qualità di proprietario di un dato fondo,* a vantaggio del quale sono costituite. È da osservare che alcune servitù prediali possono essere costituite in modo, che esse debbano estinguersi con la morte di una persona determinata; hanno allora un carattere *personale.* Per cotale anomalìa, gl'interpreti del diritto Romano le chiamano *irregolari* (*irregulares*); ed a ragione, perchè sebbene come tutte le servitù prediali presuppongano due cose, l'una che serve all'altra: poi alla pari delle servitù personali si estinguono con la morte di una persona determinata, che è il padrone della cosa dominante, a favore del quale furono costituite (fr. 14, § 3, *Dig. de alim. vel cib. legat.,* XXXIV, 1; fr. 5, 6, e 37. *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3).

b) Una distinzione delle servitù, che fanno i commentatori del diritto Romano, e che si fonda sull'indole dell'onere derivante dalle medesime, è quella in servitù *positive* e *negative.*

1° Dicono *positive* o *affermative,* quelle che consistono pel proprietario della cosa che serve, in *patiendo,* cioè nel soffrire che il subietto della servitù faccia.

2° Dicono *negative,* quelle che consistono pel proprietario della cosa che serve in *non faciendo,* cioè nell'astenersi dal fare.

c) Finalmente, i pratici distinguevano le servitù in *continue* e *discontinue, apparenti e non apparenti.* Le dicevano *continue* quando si esercitano indipendentemente dal fatto di chi le gode, sia per mezzo di lavori o costruzioni, opera dell'uomo, sia mediante il *non facere* del proprietario della cosa che serve. *Discontinue,*

quando il loro esercizio esige un fatto per parte di chi le gode. Ma le servitù venivano dette *continue* e *discontinue* ancora in un altro senso, ossia secondo che possono essere esercitate durante tutto l'anno, o solamente in qualche epoca o in qualche mese dell'anno.

Chiamavano servitù *apparenti* quelle che si manifestano con opere esteriori, (come quella p. e. dell'appoggio); *non apparenti* quelle che non hanno segni visibili, come quella di non potere alzare la fabbrica oltre una data altezza.[1]

[1] Il Codice Civile italiano mentre in sostanza ammette la distinzione fra servitù *personali* e servitù *prediali*, designa le servitù personali soltanto col nome generico. di *modificazioni della proprietà*, e fa menzione in sezioni separate dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione. Questo sistema il Codice nostro lo ha imitato dal Codice civile francese; nel Codice francese fu adottato allegando il timore che il nome di *servitù personali* ridestasse antiche idee di feudalismo; nel Codice italiano non ci pare che avesse nessuna ragione, o nessun pretesto di essere. Crediamo che non sia stato ben fatto il seguitarlo, perchè può fare sorgere il concetto che l'usufrutto l'uso e l'abitazione non vadano sottoposti ai principii generali che regolano le servitù, mentre in realtà quei principii sono loro applicabili, e debbono essere applicati.

Il nostro Codice distingue le servitù *prediali* in servitù *stabilite dalla legge*, e servitù *stabilite dal fatto dell'uomo* (art. 532); ripeteremo che quelle stabilite dalla legge non sono vere e proprie servitù, ma piuttosto *limitazioni legali del dominio*. Le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità *pubblica* o *privata* (art. 533).

Le servitù stabilite per utilità pubblica riguardano il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade, ed altre opere pubbliche (art. 534). Tutto ciò che concerne questa specie di servitù, viene determinato da leggi o da regolamenti speciali (art. 534, capoverso).

Le servitù che la legge impone per l'utilità privata, sono, l'abbiamo detto altrove, determinate dalle leggi e dai regolamenti sulla polizia campestre, e dalle disposizioni della sezione I, cap. II, lib. II, del Codice Civile dall'articolo 536 a 615. (Vedi appendice IV. in fondo al volume).

Le servitù *stabilite per fatto dell'uomo*, sono quelle che i proprietarii possono stabilire sopra i loro fondi od a benefizio di essi, purchè siano solamente imposte *ad un fondo*, e a vantaggio di un *altro fondo*, e non sieno in alcun modo contrarie all'ordine pubblico (art. 616).

Il Codice distingue queste servitù in 1° *continue* e *discontinue;* 2° in *apparenti* e *non apparenti*.

Dice *continue* quelle il cui esercizio è o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti, ed altre simili.

Discontinue quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo, e simili (art. 617).

Dice *apparenti* quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto; *non apparenti*, quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad un'altezza determinata (art. 618).

Il Codice nostro non contiene la distinzione fra servitù *urbane* e *rustiche*, come la contiene il diritto Romano; bensì fa menzione della distinzione fra servitù *affermative* (*quae in patiendo consistunt*) e servitù *negative* (*quae in non faciendo consistunt*): distinzione che ha grande importanza per constatare quando cominci il possesso utile per la prescrizione (art. 631) ed in generale il possesso legittimo della servitù.

CAPITOLO II.

DELLE SERVITÙ PREDIALI.

(*Instit.*, lib. II, tit. 3, *de servitutibus prædiorum; Dig.*, lib. VIII, tit. 1, *de servitutibus;* tit. 2 *de servitutibus prædiorum urbanorum;* tit. 3 *de servitutibus prædiorum rusticorum; Cod.*, lib. III, tit. 34, *de servitutibus et aqua.*)

§ 149. Le *servitutes prædiorum* sono limitazioni all'esercizio della proprietà che abbiamo sopra un fondo, costituite a vantaggio di un altro fondo. Il fondo sul quale fu imposta la servitù dicesi *prædium serviens, prædium quod servitutem debet,* l'altro a vantaggio del quale fu imposta dicesi *prædium dominans, prædium cui debetur servitus* (*Instit.* § 3, *h. t.*, II, 3; fr. 1 § 1 *Dig. communia præd.*, VIII, 4; fr. 23, § 2, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3). Le servitù prediali sono inerenti ai *fondi,* non alle particolari *persone* che hanno il dominio di quelli; sono un certo modo di essere dei fondi, qualità proprie dei medesimi, che li seguitano in qualunque mano passino. Il proprietario del fondo dominante gode ed esercita il diritto di servitù, non già come un diritto inerente alla sua persona, sibbene alla sua qualità di proprietario del fondo dominante; ed il proprietario del fondo serviente soffre quell'esercizio, non per una obbligazione personale di astenersi dal fare e di soffrire, ma perchè è proprietario del fondo che serve. Pel fondo dominante le servitù sono una dotazione, quasi una estensione della proprietà: pel fondo serviente sono una limitazione, una restrizione della medesima.

§ 150. Da quest'idea giuridica delle servitù prediali derivano le regole seguenti:

I° Le servitù prediali debbono arrecare effettivamente un *utilità* o *vantaggio al fondo dominante* (fr. 8; fr. 15 *pr.*, *Dig. de servit.*, VIII, 1). Anche il piacere è una utilità o un vantaggio, laonde tutto ciò che può rendere più piacevole, più gradito ed ameno l'uso del fondo dominante, può essere obietto di servitù (fr. 1, § 11; fr. 3 *pr.*, *Dig. de aqua quot.*, XLIII, 20); quelle servitù che arrecassero un vantaggio un' utilità alla persona, e non al fondo, sarebbero più presto personali che prediali, come se

il proprietario di un fondo, si fosse fatto concedere dal proprietario del fondo vicino che in quello *pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare* (fr. 8, *Dig. de servit.*, VIII, 1). Validamente costituite sono quelle servitù, le quali sebbene non rechino *attuale* vantaggio personale ad un dato proprietario del fondo dominante, tuttavia avvantaggiano il fondo stesso (fr. 19, *Dig. de servit.*, VIII, 1); il testo infatti dichiara *si prædiorum meliorem caussam hæc faciant, non est dubitandum quin servitus est* (fr. 6, § 1, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3), e con ragione, perocchè un altro proprietario del fondo, potrà risentirne vantaggio, se non lo risente l'attuale, e d'altronde le servitù sono dotazioni dei fondi, e non utilità di un singolo proprietario.

II° Il vantaggio, che risente il fondo dominante per la servitù, deve resultare *direttamente dal fondo serviente*, conciossiachè le servitù prediali sieno una condizione dei fondi, un loro stato giuridico indipendente dalla persona dei proprietari o possessori; e consistendo sempre per parte del proprietario del fondo serviente, o *in patiendo* o *in non faciendo*, e non mai *in faciendo*, sia evidente che il vantaggio che risente il fondo dominante, ha mai sempre da resultare *direttamente dal fondo serviente, e non già dal fatto del proprietario di quello*. Per questi motivi non esisterebbe una servitù, allorquando il vantaggio che il fondo dominante fosse per risentire, richiedesse per essere prodotto l'opera del proprietario del fondo serviente. Esempigrazia, quando taluno si è assicurato il diritto di irrigare il proprio fondo con l'acqua del fondo vicino, ma per effettuare tale irrigazione si addimanda che il padrone di quest'ultimo fondo apra cateratte o ponga in moto pompe: quel primo non ha acquistato una servitù prediale, questo secondo non gliela ha costituita, questi ha invece contratto un vincolo personale, un'*obligatio* verso di quello (fr. 28 *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2).

III° Le servitù prediali debbono avere una *causa perpetua*; con siffatte parole si intende significare, che le condizioni dalle quali dipende l'esercizio delle medesime, non hanno da essere nè passeggiere nè temporali; debbono dunque le servitù sodisfare ad un bisogno *permanente* del fondo dominante, e riposare sopra un'utilità che *permanentemente,* e non già precariamente, può procurare il fondo serviente. Conseguenza di tale principio si è, che non si possa costituire una servitù di passo sopra di un fon-

do, dal quale siamo separati da un fiume non guadabile e privo di ponte: le barche non essendo un mezzo permanente di trasporto (fr. 38, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3); nè una servitù di attingere acqua, di acquedotto, od altra simile, sopra un pozzo od una cisterna che non fossero alimentati da polle di acqua perenne (fr. 28, *Dig. de servit. præd. urb*, VIII, 2; fr. 1, § 4, *Dig. de fonte*, XLIII, 22; fr. 1, § 5, *Dig. de aqua quotid.*, XLIII, 20). Siffatta deduzione rigorosa dal principio sulla *perpetuità della causa* nelle servitù, fu in seguito mitigata per riguardo alle due ultime servitù ora ricordate, ed in gius Nuovo possono essere costituite anche sopra un'acqua non viva nè perenne (fr. 9, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 2, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4). Siccome *quod manu fit, causam perpetuam non habet,* così repugna eziandio alla perpetuità della causa richiesta nelle servitù, che l'esercizio delle medesime, abbisogni di un fatto reiterato del proprietario del fondo serviente (fr. 28, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2).

IV. Le servitù prediali presuppongono tale una relazione locale fra i due fondi, da render possibile che il serviente rechi vantaggio al dominante; e però nel testo troviamo detto che l'uno dei fondi deve essere vicino (*vicinum fundum*) all'altro (fr. 5, § 1, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 12, *Dig. de pignor.*, XX, 1). Per cotale *vicinanza* non si intende sempre *contiguità* (fr. 6 *pr.*, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 38 e 39, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2), ma piuttosto l'assenza fra i due fondi, di un ostacolo permanente all'esercizio della servitù. Esigono ordinariamente contiguità dei fondi, p. e. le servitù *oneris ferendi, tigni immittendi;* non l'esigono le servitù *non altius tollendi*, *ne prospectui officiatur etc.*

V. Le servitù prediali perchè inerenti ai fondi, seguono la sorte dei medesimi, non possono essere alienate, nè oppignorate, nè locate senza di quelli, nè trasportate da un fondo all'altro fr. 16 *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 23, § 2; fr. 33 e 36, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 12, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4: fr. 44, *Dig. locati conducti*, XIX, 2; fr. 20, § 1, *Dig. de acq. rer. domin.*, XLI, 1; fr. 11, § 3, fr. 12, *Dig. de pignorib.*, XX, 1).

VI. Le servitù prediali non potevano in diritto Romano essere costituite a termine, o sotto condizione (fr. 4, *Dig. de servit.*, VIII, 1). Questa regola comune a tutte le servitù prediali, derivava secondo alcuni dalla ragione, che esse in antico si costitui-

vano con la *in jure cessio* e con la *mancipatio*, atti che non ammettevano termine, nè condizione (fr. 77, *Dig. de regulis juris*, L, 17), e secondo altri derivava dalla *perpetuità* della causa richiesta nelle servitù. Il termine e le condizioni apposti alla costituzione delle servitù, sarebbero stati considerati come non apposti, ma il pretore, giunto il termine, o verificatasi la condizione risolutiva, dava l'*exceptio pacti* o *doli* al concedente la servitù, contro il concessionario, che avesse voluto esercitarla nonostante la convenzione (fr. 4, *Dig. de servit.*, VIII, 1). La promessa di costituire una servitù, ed il legato di una servitù, potevano essere *condizionali* (fr. 98, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1; fr. 3, *Dig. de servit. leg.*, XXXIII, 3).

§ 151. Possono esistere tante specie di servitù prediali, quante sono le maniere di utilità che un fondo può arrecare ad un altro, purchè sieno alle medesime applicabili le regole sopra esposte intorno alle servitù in generale, ed alle servitù prediali in particolare (vedi § 147 e § 150). I Romani distinguevano in due grandi categorie tutte le servitù prediali, cioè in servitù dei predi urbani (*servitutes prædiorum urbanorum*), e servitù dei predi rustici (*servitutes prædiorum rusticorum*. *Prædium urbanum* significa ogni edifizio, o terreno coperto da edifizi (*ædes, villa*) sia esso situato in campagna od in città: *quoniam ædificia omnia, urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint.* (*Instit.*, § 1 *de servit.*, II, 3; fr. 1, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 198, *Dig. de verb. signif.*, L, 16). Intendesi invece per *prædium rusticum*, il terreno o il suolo libero, senza edifizi, e destinato generalmente all'agricoltura (*ager, area*), ancorchè situato in città. Sono *servitutes prædiorum rusticorum* quelle che attengono al suolo (*quæ in solo consistunt*), *servitutes prædiorum urbanorum* quelle che attengono agli edifizi, alla *superficies* (*quæ ædificiis inhærent*, ossia *quæ in superficie consistunt*). Tale è la idea che di queste due categorie di servitù ci porge il giureconsulto Paolo, quando dice: *servitutes prædiorum, aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt* (fr. 3, *Dig. de servit.*, VIII, 1, confronta col fr. 20, *de servit. præd. urb.*, *Dig.* VIII, 2 e con le *Instit.*, § 2 e 3, *de servit.*, II, 3). In altri termini vi sono servitù (le *rustiche*) di cui l'esistenza presuppone il suolo, indipendentemente da qualunque piantazione, edificazione, o sovrapposizione, come p. e., la servitù di passo: e ve ne sono altre (le *urbane*) la cui esistenza all'opposto presuppone necessariamente *una superficies*, vale a dire una sovrapposizione qualunque al suolo,

un soprassuolo, come un edifizio, una fabbrica ec.: tale è per esempio la servitù *tigni immittendi,* ossia il diritto di immettere una trave, una pietra, o qualunque altro materiale da costruzione. È un errore degli antichi interpreti del diritto, il considerare qual criterio distintivo delle servitù urbane dalle rustiche, l'indole del fondo serviente, o l'indole del fondo dominante, e dire p. e., urbane quelle costituite a favore di un fondo urbano o sopra un fondo urbano; e rustiche quelle costituite a favore di un fondo rustico o sopra un fondo rustico; ciò menerebbe all'assurda conseguenza che una stessa servitù potesse essere secondo le circostanze ora rustica, ora urbana; mentre nelle Fonti del nostro diritto troviamo invariabilmente assegnato per ogni servitù, l'uno o l'altro di questi due caratteri: la servitù di *passo,* p. e., è sempre detta rustica, quella di *prospetto,* urbana. Dalle quali cose si raccoglie, che Paolo nel citato fr. 3, *Dig. de servit.*, VIII, 1, assegna il vero e l'unico criterio per distinguere le servitù urbane dalle rustiche, quando dice: che le une in *superficie,* le altre in *solo consistunt.* La locuzione *consistere in aliqua re*, della quale si serve, significa: avere la ragione di essere, il fondamento in qualche cosa. La ragione di essere delle servitù rustiche è il *suolo,* senza di esso non sono escogitabili, mentre possono concepirsi senza soprassuolo, (*superficies*); verbigrazia una servitù di passo è *rustica,* perchè non presuppone edifizi, sibbene il suolo soltanto ed il fatto dell'uomo; ed è tale, sia essa costituita su di un fondo urbano, od a favore di un fondo urbano. La ragione di essere delle servitù urbane, è la *superficie:* senza non possono esistere; a mo' di esempio la servitù del prospetto è una servitù *urbana,* perchè presuppone che un edifizio o qualunque altra sovrapposizione al suolo (*superficies*) ci possa togliere il prospetto; ed è tale, sia essa costituita su di un fondo urbano, od a favore di un fondo urbano.

§ 152. Differenze fra le servitù urbane e rustiche, che meritano osservazione, sono le appresso:

a) Le servitù rustiche erano nello antico diritto *res mancipi,* le urbane non già.

b) Le urbane sono suscettive di un *esercizio continuo,* non così le rustiche; differenza che come vedremo, ha importanti conseguenze per riguardo al modo di loro respettiva estinzione.

c) Le urbane non possono essere ipotecate separatamente dal fondo, neppure come servitù da costituirsi: le rustiche in questa maniera, possono esserlo; altrove ne diremo la ragione.

d) Le rustiche consistono in un diritto di *fare* in chi le gode (*jus faciendi*), come il diritto di passare a piedi od a cavallo sul fondo altrui: e però sono servitù *discontinue*. Le urbane consistono o nel diritto di *avere* dei lavori o delle opere manufatte e di usarne (*jus habendi*), o nel diritto di impedire al vicino di disporre della sua proprietà in un certo modo determinato (*jus prohibendi*); *jus habendi*, come il diritto di tenere il proprio muro appoggiato sul muro o sulla colonna del vicino: *jus prohibendi*, come il diritto di impedire al vicino di inalzare il suo edifizio oltre una certa altezza; sono per conseguenza servitù *continue*.

I. Servitù urbane.

§ 153. In questa categoria meritano menzione le servitù seguenti:

1° *Servitus* o *jus tigni immittendi* è il diritto di immettere un *tignum* ossia non solo un trave, ma qualunque materiale da costruzione (fr. 62, *Dig. de verb. signif.* L, 16), nel muro altrui (fr. 2 e 6, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 8, § 1 e 2; fr. 14 *pr.*, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). È una servitù di appoggio orizzontale.

2° *La servitus oneris ferendi* è il diritto di appoggiare le nostre costruzioni su quelle del vicino, p. e., sulla sua parete, sulla sua colonna; è una servitù d'appoggio verticale. Questa servitù ha questo di singolare, che porta seco l'obbligo pel padrone del fondo serviente di mantenere la parete o la colonna in buono stato, di ripararla, e restaurarla (fr. 6, § 2; fr. 8 *pr.*, § 2, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). Era stile, quando si costituiva siffatta servitù, di aggiungervi la clausula: *paries oneris ferundo*, *uti nunc est*, *ita sit* (fr 33, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2), per la quale il proprietario del fondo serviente si obbligava a mantener sempre nel pristino stato la colonna o la parete, che serviva di appoggio. Il giureconsulto Gallo credeva questa clausula *incivile*, obbligando sempre a *facere;* ma prevalse l'opinione contraria di

Servio (fr. 6, § 2, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5), perchè (come osservava Labeone) veramente per tale servitù non si contraeva dal proprietario del fondo serviente un'obbligazione personale di *facere*: era la cosa che rimaneva obbligata: *hanc servitutem non hominem debere, sed rem.* (cit. fr. 6, § 2); infatti il proprietario del fondo serviente, se non voleva fare i necessari restauri, poteva abbandonare la cosa serviente, e così andare immune da ogni molestia. Dall'uso di quella clausula, prese il nome questa servitù; e mancando tal clausula, sembra che la servitù costituita si considerasse come una *servitus tigni immittendi* (fr. 8, § 2, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). In ultimo quella clausula fu sottintesa, quando le parti avevano dichiarato di costituire una *servitus oneris ferendi.*

3° *Servitus* o *jus projicendi* è il diritto di fare sporgere una parte del nostro edifizio (come una terrazza, un balcone) sopra l'area del vicino senza che vi riposi, ma in guisa che le sovrasti. L'analogo, *jus protegendi,* è il diritto di fare sporgere l'estremità del tetto sull'area del vicino, onde preservare le muraglie dall'umido e dal gelo (*Inst.*, § 2 *de action.*, IV, 6; fr. 1 *pr.*; fr. 2 *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 29, § 1, *Dig. ad leg. Aquil.*, IX, 2; fr. 242 § 1 *Dig. de verb. signif.*, L, 16). L'*jus projicendi* e l'*jus protegendi* sono due servitù, perchè sono limitazioni al diritto, che ha il proprietario del fondo sul quale facciamo sporgere o sovrastare queste nostre opere, di avere libero e senza ingombri lo spazio fra il suo fondo ed il cielo.

4° *Servitus stillicidii* o *fluminis recipiendi* è il diritto di fare sgorgare sul fondo altrui a goccia a goccia (*stillatim*) o a cannella o doccia (*flumen*) le acque piovane (fr. 2; fr. 17, § 3; fr. 20, § 3, 6 *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 8 *pr.*, *Dig. quemad. serv. amitt.*, VIII, 6). È questa una servitù, perchè nessuno sarebbe obbligato a ricevere l'acqua che sgorga dall'altrui edifizio; ed in vero è regola che il corso delle acque, quale naturalmente esiste, non possa essere alterato da lavori manufatti (*opere facto*), ed ognuno debba ricevere le acque come naturalmente fluiscono dal fondo superiore. Il proprietario di un fondo, può raccogliere egli è vero, e tenere per sè come cose *nullius* le acque che cadono nel suo, e può a tal effetto fare gli opportuni lavori (fr. 1, § 11, *Dig. de aqua et aq. pluv.*, XXXIX, 3): ma se non le raccoglie, non può costruire opere che le facciano scorrere sul fondo inferiore, in

modo diverso da quello che naturalmente esse terrebbero. Ora chi costruisce un edifizio, con quest'opera manufatta altera il corso naturale delle acque, perchè le medesime vengono artificialmente riunite sul tetto dell'edifizio stesso: e per conseguenza niuno è obbligato, come dicevamo, a ricevere l'acqua che sgorga dall'altrui edifizio, come da qualunque altro *opus factum* (fr. 1, § 15, 17, 19 e 21, *Dig. de aqua et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3). L'assoggettare il proprio fondo a riceverla, è costituire ad altrui favore una *servitus stillicidii* o *fluminis recipiendi*. Questa servitù occorre talora nel testo costituita negativamente, vale a dire come *servitus stillicidii* o *fluminis non recipiendi;* nello spiegare la quale, non sono concordi gli interpreti. Alcuni pensarono che una *servitus stillicidii* o *fluminis non recipiendi* fosse costituita quando si voleva abolire una preesistente *servitus stillicidii* o *fluminis recipiendi*. Ma tale opinione non sodisfa; e di vero non si sa vedere il bisogno della costituzione di questa contro-servitù per abolirne un'altra, mentre ad ottenere tale intento il mezzo più naturale e più semplice, sarebbe stato quello di abolire direttamente la servitù preesistente; aggiungasi che per togliere di mezzo le altre servitù dei fondi urbani, non consta che si ricorresse a costituire delle relative contro-servitù; non troviamo verbigrazia, che per togliere di mezzo una *servitus tigni immittendi* o *oneris ferendi,* si costituissero delle contro-servitù *tigni non immittendi,* o *oneris non ferendi.* Più plausibile spiegazione della servitù *stillicidii* o *fluminis non recipiendi* ci sembra quella di coloro, che la dicono costituita per liberarsi dallo stillicidio o dalla doccia del vicino, in quei luoghi nei quali gli Statuti municipali imponessero l'obbligo di soffrire l'una o l'altra. A questa spiegazione è stato obiettato, essere da dubitare se al disposto degli Statuti municipali potessero i privati, mediante patti fra loro conclusi, derogare; ma cotale obiezione perde molta della sua forza quando si esamini la *cost.* 12, § 1, 4, *Cod. de ædificiis privatis* (VIII, 10) dalla quale apparisce, che i privati a quelli Statuti potevano fare qualche deroga.

5° *Servitus altius non tollendi,* è servitù per la quale è impedito al vicino di inalzare la sua fabbrica oltre una certa altezza, mentre in conseguenza del suo diritto di proprietà avrebbe potuto elevarla a quell'altezza, che più gli fosse piaciuto (fr. 2, 6, 12, 21, 32 *pr.*, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 7, § 1, fr. 16,

Dig. commun. præd., VIII, 4; fr. 4, § 8, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 4, § 29, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Nel testo trovasi parlato ancora di una *servitus altius tollendi*, che alcuni spiegano come una servitù costituita per estinguere una preesistente servitù *altius non tollendi*: spiegazione che rifiutiamo per le ragioni addotte nel confutare la consimile spiegazione, data alla *servitus stillicidii* o *fluminis non recipiendi*. Migliore ci sembra anche qui la opinione, che suppone l'esistenza di uno Statuto locale che vietasse alzare le fabbriche oltre una certa altezza, al quale i privati derogassero con lo stabilire la *servitus altius tollendi*. D'altronde questa *servitus* potrebbe ancora intendersi come il diritto di inalzare con le proprie costruzioni il muro del vicino, per tutelarsi p. e. dai venti, dal sole ec. (vedi fr. 17, § 2, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2 e Voet., *Pand.*, VIII, 2, n° 7).

6° *Servitus luminum, et ne luminibus officiatur.* Per intendere queste servitù è necessario premettere:

a) non essere lecito aprire luci o finestre (*lumina*) se non nel proprio muro.

b) essere lecito aprire nei propri muri, luci o finestre, ma essere lecito altresì al vicino chiuderle, alzando i muri che ha diritto di alzare. Or bene, se taluno ottiene dal vicino di aprire luci nel di lui muro, o nel muro comune, acquista una *servitus luminum* (fr. 4 e 40, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2); e se talaltro, avendo aperto delle luci che il vicino potrebbe chiudergli, ottiene che non le chiuda, acquista una *servitus ne luminibus officiatur* (fr. 4, 15, 17, 23, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2).

7° *Servitus prospectus, ne prospectui officiatur.* Questo doppio nome si applica ad una sola servitù, per la quale il proprietario del fondo serviente non può inalzarvi edifizi o piantarvi alberi, od altre cose, che vengano a privare il fondo dominante della veduta o del prospetto (fr. 12, 15, 16, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2).

8° *Servitus cloacæ mittendæ*, che è il diritto di fare passare la propria cloaca pel fondo altrui (fr. 7, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 2 *pr.*, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 1 *pr.*, § 4, *Dig. de cloacis*, XLIII, 23).

9° *Servitus sterculini*, che è il diritto di aprire una fossa da letame accanto al muro del vicino (fr. 17, § 2, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5).

10° *Servitus fumi imittendi*, che è il diritto di immettere il fumo nel fondo del vicino, (fr. 8, § 5, 6, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5), contro il principio generale che non si può nulla immettere nell'altrui proprietà.

II. Servitù rustiche.

§ 154. Le servitù rustiche sono più antiche delle urbane: nel diritto Romano più vetusto erano considerate come *res mancipi* (Gajo, II, 29, 31). Nelle Fonti del diritto troviamo specialmente fatto menzione delle seguenti:

1° *Iter* o *servitus iteris* o *itineris*, che è il diritto di passare a piedi sul fondo altrui (fr. 1, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3). Chi vi ha l'*iter* può, per interpretazione dei giureconsulti, farvisi portare in sedia, o passarvi a cavallo (fr. 7, *Dig. eod.*, VIII, 3) quando non sia stato espressamente convenuto il contrario (fr. 4, § 1, *Dig. de servit.*, VIII, 1), od il passaggio sia così stretto, da non permettere quei modi di transito senza danno delle piante.

2° *Actus*, è il diritto di fare passare sul fondo del vicino il bestiame: *jus agendi* (fr. 235, *Dig. de verb. signif.*, L, 16) ed accessoriamente il diritto di passarvi in carro o vettura (fr. 1, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3).

3° *Via*, è il diritto di passare sul fondo del vicino nel modo più lato possibile. Chi gode della *via*, gode ancora dell'*actus* e dell'*iter*; e di più può passare con qualunque specie di vettura, con un'asta dritta, e trasportando a strascico travi e pietre, od altre materie da costruzione (*Inst. pr.*, *de servitut.*, II, 1; fr. 7, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3). Chi gode dell'*actus*, gode ancora dell'*iter*, se non è stato stipulato il contrario; e se il contrario fosse stato stipulato, potrebbe passare insieme col bestiame, ma non senza. (*Instit. pr.*, *de servit.*, II, 3; fr. 1, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 2; fr. 2, *Dig. quemad. serv. amitt.*, VIII, 6; fr. 1, *Dig. de adim. leg.*, XXXIV, 4; fr. 4, § 1, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). Alla via si attribuiva dalla legge decemvirale la larghezza di *otto piedi* in diritto, *in porrectum* e di *sedici* nelle svolte, *in anfractum* (fr. 8, *Dig de serv. præd. rust.*, VIII, 3), e tale si intendeva dovere essere la larghezza della via conceduta dai privati (fr. 23, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3). Secondo Varrone, la larghezza del-

l'*actus*, era di quattro piedi; ignoriamo qual fosse la larghezza dell'*iter;* è verosimile che fosse di due piedi. Stando al fr. 13, § 2, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3, qualora le parti non avessero fissato nulla sulla larghezza dell'*iter* e dell'*actus*, l'avrebbero determinata gli arbitri *ex æquo et bono*.

4° A queste servitù di passo, può aggiungersi la *servitus navigandi*, che è il diritto di passare in barca sullo stagno o sul lago del vicino (fr. 23, § 1, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3).

5° *Servitus aquæ haustus*, è il diritto di attingere l'acqua al pozzo od al fonte del vicino: servitù che contiene naturalmente l'*jus itineris* (*Inst.*, § 2, *de servit.*, II, 3; fr. 1, § 1; fr. 3, § 3; fr. 9; fr. 20, § 3, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3). Questa servitù può essere costituita non a favore di un fondo, sibbene di una persona. Diviene allora una servitù personale, e chiamasi *usus aquæ* (fr. 21, *Dig. de usu et habit.*, VII, 8).

6° *Servitus aquæductus*, è il diritto di condurre l'acqua *dal fondo, o pel fondo, altrui* nel nostro. Questa servitù implica il diritto di collocare dei condotti sul fondo serviente, ma non di costruirveli di materiali murati (fr. 17, § 1, *Dig. de aqua et aq. pluv.*, XXXIX, 3; *Inst.*, *pr. de servit.*, II, 3; fr. 1 *pr.*, *de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 4, *Dig. de aqua quotid.*, XLIII, 20). Questa servitù, ordinariamente rustica, sarebbe urbana, se i canali pei quali l'acqua passa, fossero costruiti in pietra, e l'acqua vi scorresse continuamente, senza bisogno di un fatto ripetuto per parte del padrone del fondo dominante (fr. 11, § 1, *Dig. de public. in rem. act.*, VI, 2). L'uso dell'acqua può essere conceduto per tutto l'anno, o soltanto per una stagione dell'anno, *aqua quotidiana* o *æstiva* (fr. 1, § 2, 3, *Dig. de aqua quotid. et æst.*, XLIII, 20).

7° La *servitus aquæ educendæ*, è il diritto di far passare sul fondo del vicino l'acqua che si fa uscire dal proprio, in conseguenza di lavori di prosciugamento, impresi nel medesimo (fr. 29, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3).

8° *Servitus pecoris ad aquam appellendi*, è il diritto di fare abbeverare il bestiame all'acqua altrui; comprende implicitamente l'*actus* (*Inst.*, § 2, *de servit.*, II, 3; fr. 1, § 1; fr. 3, § 3; fr. 4; fr. 6, § 1; fr. 9; fr. 20, § 3, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3).

9° *Servitus pecoris pascendi*, è il diritto di far pascolare il bestiame nel fondo altrui, diritto che presuppone l'*actus*. Meno il caso di convenzioni speciali sull'estensione di questo *diritto*, può

essere esercitato soltanto pel numero di animali, che sono al servigio del fondo dominante (*Instit.*, § 2, *de servit.*, II, 3; fr. 1, § 1; fr. 3 *pr.*; fr. 4; fr. 6, § 1, *Dig. de serv. prœd. rust.*, VIII, 3).

10° *Servitus* o *jus calcis coquendæ*, è il diritto di estrarre dal fondo del vicino pietre atte a cuocersi per calce.

11° *Servitus* o *jus arenæ fodiendæ*, è il diritto di scavare arena dal fondo altrui.

12° *Servitus* o *jus cretæ eximendæ*, è il diritto di estrarre creta dal fondo altrui (*Instit.*, § 2, *de servit.*, II, 3; fr. 1, § 1; fr. 5, § 1; fr. 6, *Dig. de serv. prœd. rust.*, VIII, 3).

CAPITOLO III.

DELLE SERVITÙ PERSONALI.[1]

(*Instit.*, lib. II, tit. 4, *de usufructu;* tit. 5, *de usu et habitatione; Dig.*, lib. VII, tit. 1, *de usufructu;* tit. 7, *de operis servorum;* tit. 8, *de usu et habitatione; Cod.*, lib. III, tit. 33, *de usufructu et habitatione et ministerio servorum.*)

§ 155. Le servitù personali, quelle cioè *costituite a favore di una determinata persona,* sono così inerenti alla medesima, che non possono esserne separate mediante alienazione, e che si estinguono con la morte di lei, qualora non sieno state espressamente concedute per essa e per i suoi eredi. Ma se sono costituite per una persona, e pei suoi eredi, in realtà vengono allora ad esistere due servitù personali separate e successive, l'una per la persona che prima deve goderne, l'altra pei suoi eredi. La persona che gode della servitù personale ha l'obbligo di dare cauzione, (mediante mallevadoria) al proprietario della cosa sottoposta a servitù, di non abusare della medesima, e di restituirgliela all'epoca

[1] Il Codice nostro considera le servitù personali quali modificazioni della proprietà; fra queste servitù personali fa menzione soltanto dell'*usufrutto*, dell'*uso* e dell'*abitazione*.

Dell'usufrutto dà una definizione non meno esplicita della romana, dicendolo: il diritto di *godere* (dunque di usare e fruire) delle cose di cui altri ha la proprietà, *nel modo che ne godrebbe il proprietario,* ma coll'obbligo di conservarne la *sostanza,* tanto nella *materia* quanto *nella forma* (art. 477).

L'usufrutto, anche pel Codice, è *legale* o *convenzionale*. Può essere stabilito con determinazione di tempo, e sotto condizione, e sopra qualunque specie di beni mobili od immobili (art. 478). Il Diritto di usufrutto di cose *immobili* si considera dal Codice come un immobile anch'esso (art. 415); ed è suscettivo d'ipoteca (art. 1967, n° 2).

dell'estinzione del diritto di servitù; tale obbligo deriva dalla facilità che avrebbe chi gode la servitù di abusare della cosa, di cui il proprietario deve rilasciargli la detenzione. Le servitù personali, che il diritto Romano conosce, si riducono a quattro: 1° l'usufrutto, 2° l'uso, 3° l'abitazione, 4° le opere dei servi e degli animali altrui.

I. L' USUFRUTTO.

§ 156. L'usufrutto è: il *diritto di usare e di fruire delle cose altrui, salva la loro sostanza; jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (*Instit. de usufr. pr.*, II, 4; fr. 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1), dicesi *fructuarius* o *ususfructuarius*, la persona cui spetta il diritto di usufrutto; *proprietarius*, o *dominus proprietatis*, il proprietario della cosa sottoposta a questo *jus in re*, ed il suo diritto di proprietà dicesi *proprietas* o *nuda proprietas* (Gajo, II, 30; *Instit.*, § 3, 4, *h. t.*, II, 4). L'usufrutto consta di due elementi:

1° Del diritto di usare della cosa (*usus*), cioè del diritto di applicarla direttamente ed immediatamente alla sodisfazione dei bisogni di chi gode il diritto, in quanto è di per sè capace di sodisfarli, senza prenderne i frutti, e senza alterarne la sostanza.

2° Del diritto di appropriarsene i frutti, o il loro equivalente in prestazione di danaro (*fructus*). L'attaccare delle cavalle ad un carro per la trazione, il valersene per l'equitazione, è *usarne;* il darle a nolo, l'appropriarsene i parti, è *fruirne.* Questi due elementi (*usus* e *fructus*) possono essere separati, e vedremo fra breve come possa esistere una servitù personale, la quale comprende solamente l'*jus utendi*, l'*usus;* ma il *fructus* come diritto separato non può venire costituito, conciossiachè il diritto di *fruire* implichi necessariamente anche quello di *usare*, e chi fruisce della cosa ne usi almeno in quel modo che è necessario per farla fruttare, e per godere dei frutti. Per tal motivo non può costituirsi un *fructus deducto usu*, mentre un *usus sine fructu* è ammesso (fr. 14, § 1, *Dig. de usu.*, VII, 8; fr. 1, § 1, fr. 2, *Dig. eod.*) L'usufrutto è un diritto di usare e di fruire delle *cose altrui.* Diritto di usare e di fruire della *cosa propria* lo ha ogni proprietario, per-

chè è una delle facoltà *giuridiche* che compongono il suo dominio; e questo diritto di usufrutto inerente al dominio, i pratici lo chiamano usufrutto *causale*, perchè inerente alla proprietà che ne è la causa: in contrapposto ad usufrutto *formale*, cioè al diritto di usare e di fruire, che il proprietario ha conceduto sulla cosa propria ad altri, erigendolo in diritto separato, dandogli una esistenza, una *forma* propria. Ma quello che i pratici chiamano *usufrutto causale,* non è un vero usufrutto, sebbene talora così si chiami anche nel testo (fr. 4, 9, *Dig. de usufr. accr.*, VII, 2; fr. 21, § 3, *Dig. de except. rei jud.,* XLIV, 2); non è un vero usufrutto, cioè un diritto distinto dalla proprietà, giusta il principio: *nulli res sua servit* (vedi sopra § 147, lett. *a*). L'usufrutto è un diritto di usare e di fruire delle cose altrui salva la loro *sostanza, ossia senza consumarle*, di quelle cose cioè che non si consumano usandone e fruendone: *quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas* (ULP., XXIV, 26). Vedremo fra breve come sulle cose *quæ usu consumuntur*, si possa avere un *quasi usufrutto*, ma non un usufrutto vero e proprio.

§ 157. Diritti dell'usufruttuario sono: [1]

1° Di appropriarsi *tutti* i frutti sia *naturali*, sia *civili* che

[1] Il Codice riconosce nell' usufruttuario diritti analoghi a quelli che gli riconosce la romana legislazione. Infatti ancora pel Codice:

1° Spetta all' usufruttuario ogni frutto naturale o civile che può produrre la cosa di cui ha lo usufrutto (art. 479). I frutti naturali che al cominciare dell' usufrutto non sono ancora *separati* dalla cosa che li produce, appartengono all' usufruttuario: quelli che *non sono ancora separati* (il diritto Romano li voleva *non percetti*) quando l' usufrutto finisce, appartengono al proprietario, senza compenso nell' uno e nell' altro caso di lavori e delle sementa, ma senza pregiudizio della porzione dei frutti che potesse spettare al mezzaiolo che vi era al tempo in cui cominciò o finì l' usufrutto (art. 480). Sui boschi cedui, il Codice nostro concede all' usufruttuario diritti uguali a quelli che gli concede il diritto Romano. Il Codice esplicitamente dichiara che l' usufruttuario non ha diritto a compenso pei tagli non eseguiti, nè per le piante riservate affinchè crescano, nè per quelle di alto fusto che non fossero state tagliate durante l' usufrutto (art. 485); ed aggiunge che l' usufruttuario osservando sempre le epoche e la pratica dei precedenti proprietari, approfitta anche delle parti di bosco d'alto fusto che sono state distribuite in tagli regolari, si facciano questi periodicamente sopra una certa quantità di terreno, o sopra una determinata quantità di alberi presi indistintamente in tutta la superficie del fondo (art. 486). Negli altri casi, riconosce il Codice, che l' usufruttuario non può prevalersi degli alberi di alto fusto, salvo che si tratti di alberi sparsi per la campagna, i quali per consuetudine locale sieno destinati ad essere periodicamente tagliati (art. 487). Può l' usufruttuario, ancora pel Codice nostro, adoperare per le riparazioni che sono a suo carico gli alberi spezzati o svelti per accidente, ed a questo fine può anche atterrarne se è necessario; ma vuole il Codice, che *prima ne faccia constare la necessità al proprietario* (art. 488): può prendere nei boschi, pali per le vigne comprese nello usufrutto,

la cosa produce (fr. 59, § 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 7 *pr.*, fr. 9 *pr.*; fr. 27 *pr.*, *Dig. eod.*) Tra i frutti naturali ha diritto di appropriarsi quelli pendenti il giorno che principia l'usufrutto, e tutti quelli che sono prodotti nella durata del medesimo (fr. 27 *pr.*, *Dig. de usufr.*, VII, 1). Li deve cogliere nelle epoche consuete, e come un buon padre di famiglia suol fare, e può coglierli sebbene immaturi, se ciò si suol fare per avere un prodotto migliore (fr. 42, *Dig. de usu et usufr. leg.*, XXXIII, 2; fr. 48, § 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1). Non avendo il possesso giuridico del fondo,

ed anche i prodotti annuali e periodici degli alberi, osservando sempre l'uso del paese o la pratica dei proprietari (art. 489). Il Codice, *senza distinguere*, come nel diritto Romano si distingueva, fra gli alberi che muoiono, e quelli che sono spezzati o atterati per accidente, li attribuisce *indistintamente* in proprietà all' usufruttuario, coll' obbligo di surrogarne altri (art. 490). Dichiara inoltre che i piantoni di un semenzaio formano parte dell' usufrutto, coll' obbligo nell' usufruttuario di osservare gli usi locali, tanto circa il tempo e il modo dell' estrazione, quanto per la rimessa dei virgulti (art. 491). Ancora il Codice dichiara che l' usufruttuario non ha diritto sul tesoro, ed ha diritto di godere delle miniere delle cave e delle torbiere, che sono aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia l' usufrutto; ma il Codice gli nega qualunque diritto sulle miniere, cave o torbiere, le quali al principiare dell' usufrutto non erano *ancora aperte* (art. 494). Relativamente ai frutti civili, il Codice (concorde al diritto Romano), dichiara che si intendono acquistati giorno per giorno, e che appartengono all' usufruttuario in proporzione della durata dell' usufrutto (art. 481), e di più aggiunge, che l'usufrutto di una rendita vitalizia, attribuisce all' usufruttuario il diritto di riscuotere le pensioni che si maturano di giorno in giorno durante il suo usufrutto (art. 482); ma egli deve sempre restituire il di più che avesse anticipatamente riscosso (locuzione diversa alquanto da quella del Codice Napoleone (art. 588). Intorno alle locazioni fatte dall'usufruttuario, il Codice si allontana affatto dal diritto Romano, per la ragione che al contratto di locazione e conduzione attribuisce effetti ben diversi da quelli attribuitigli dal diritto Romano, (come vedremo quando della locazione e conduzione tratteremo); per conseguenza il Codice dispone che le locazioni fatte dall' usufruttuario per un tempo *eccedente i 5 anni*, non sono durevoli nel caso di cessazione dell' usufrutto, se non per il *quinquennio* che si trova in corso al momento in cui cessa l' usufrutto, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri successivi dal giorno della scadenza del precedente quinquennio. – Le locazioni per un *quinquennio*, e *per minor tempo* che l' usufruttuario ha pattuite o rinnovate più di *un anno prima della loro esecuzione, se i beni sono rustici, e di più di sei mesi prima, se trattasi di case*, non hanno veruno effetto, quando la loro *esecuzione* non abbia cominciato *prima* che cessasse l' usufrutto; e se l' usufrutto doveva cessare a tempo certo e determinato, le locazioni fatte dall' usufruttuario non dureranno in ogni caso se non per l'anno. E trattandosi di fondi dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, per il biennio o triennio, che si trova in corso al tempo in cui cessa l' usufrutto (art. 493).

2° L' usufruttuario ha diritto di godere delle cose usufruite nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma con l' obbligo di conservare la sostanza tanto nella materia quanto nella forma (art. 477).

3° L' usufruttuario gode dei diritti di servitù inerenti al fondo di cui ha l'usufrutto, e generalmente di tutti quelli di cui potrebbe godere il proprietario (art. 494). Non del tesoro se non ne è inventore (art. 494, capov.).

4° L' usufruttuario, anche pel Codice, può cedere per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l' *esercizio* del suo diritto; non il diritto stesso (art. 492).

ma invece la nuda detenzione, per acquistare la proprietà di tali frutti ha bisogno della percezione, talchè tutti quei frutti che al termine dell'usufrutto non sono ancora percetti, non appartengono ai suoi eredi, sibbene al proprietario della *res fructuaria,* mentre i percetti sono proprietà dei suoi eredi (fr. 12, § 5, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 13, *quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 8, *Dig. de annuis legatis*, XXXIII, 1; fr. 42, *Dig. de usu et usufr. legat.*, XXXIII, 2). Ricordiamo qui che l'usufruttuario di un servo acquistava tutto quanto il servo produceva (*ex operis*), ed era prodotto dal peculio affidato al servo (*ex re fructuarii*) o come dice Gajo: *quidquid ex re nostra, vel ex operis suis acquirunt* (GAJO, II, 91; ULP., XIX, 21; *Instit.*, § 4, *per quas pers. cuiq. acquir.*, II, 9; fr. 10, § 3, *Dig. de acquir. rer. dom.*, XLI, 1); che il parto della schiava non si acquistava dall'usufruttuario, sibbene dal proprietario (fr. 28, § 1, *Dig, de usuris,* XXII, 1; fr. 68, *Dig. de usufr.*, VII, 1), mentre i parti degli animali si acquistavano dall'usufruttuario (*Instit.*, § 37, *de rer. divis.*, II, 1), e con la semplice separazione loro dall'alvo materno fr. 28, *Dig. de usuris,* XXII, 1). Il bosco *ceduo, sylva cædua,* può dall'usufruttuario essere tagliato a regola di arte, nei tempi consueti (fr. 30, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 9, § 7, fr. 10; fr. 48, § 1; fr. 59, § 2, *Dig. de usufr.,* VII, 1), mentre degli altri boschi ed alberi non può prendere legname, che per fare i pali necessari alle vigne, o per fare delle riparazioni necessarie agli edifizi compresi nell'usufrutto (fr. 10, *Dig. h. t.*, VII, 1), o per far fuoco pel suo consumo particolare (fr. 12 *pr.*, *Dig. eod.*, VII, 1). Tuttavia fa proprio il legname che resulta dai tagli necessari, e questo legname deve di preferenza impiegare negli usi ora indicati. Gli alberi atterrati dal vento, spettano al proprietario, ma di questi pure può l'usufruttuario prendere tanto, quanto è necessario per sopperire ai bisogni del fondo usufruito, ed al suo consumo personale (fr. 12 *pr.*, *Dig. h. t.*, VII, 1). Gli alberi che muoiono, divengono proprietà dell'usufruttuario, ma ha l'obbligo di sostituire ad essi dei nuovi (fr. 18, *Dig. h. t.*, VII, 1). L'usufruttuario gode delle miniere e delle cave, che sono in attività nel momento in cui comincia l'usufrutto; ma non può aprirne delle nuove, che nuocessero alla cultura del fondo, o che fossero per riuscire meno vantaggiose al proprietario del medesimo delle piante atterrate per

aprirle, talchè in sostanza diminuissero, anzichè aumentassero le rendite ed il valore del fondo (fr. 9, § 2, 3; fr. 13, § 5, *Dig. h. t.*, VII, 1). Abbiamo detto, che l' usufruttuario ha diritto di percipere non solamente i frutti naturali ma ancora i frutti civili del fondo, ossia i valori che possono ricavarsi locando le cose usufruite, o impiegando a cambio fruttifero i capitali. I frutti civili dei fondi urbani e delle cose mobili si acquistano dall' usufruttuario giorno per giorno, vale a dire che egli acquista la proprietà di una porzione dei medesimi, proporzionale alla durata del suo diritto di usufrutto (fr. 58 pr. e 59, § 1, *Dig. h. t.*, VII, 1). I canoni dovuti per la locazione dei fondi rustici, li acquista con le regole stesse, con le quali si acquisterebbero da lui i frutti naturali del fondo (fr. 25, § 2; fr. 26, *Dig. de usufr.*, VII, 1). L' usufruttuario godendo di un *jus in re* sulla *res fructuaria*, non è obbligato a rispettare la locazione che della medesima avesse fatto il proprietario; può dunque espellere il conduttore, il quale avrebbe soltanto un ricorso contro il proprietario, per essere da lui indennizzato (fr. 12, § 2; fr. 59, § 1, *Dig. h. t.*, VII, 1). [1] Il conduttore, non essendosi obbligato verso l' usufruttuario, può del pari non rispettare il contratto di locazione e conduzione, ed il proprietario per mancanza di interesse a farlo rispettare, non può costringervelo (fr. 32, *Dig. locati*, XIX, 2). L' usufruttuario può locare la cosa fruttuaria, darla in commodato, od a precario (cit. fr. 12, *Dig. h. t.*, VII, 1), ma tali concessioni cessano al cessare dell' usufrutto (fr. 9, § 1, *Dig. locati*, XIX, 1): è qui applicabile la regola: *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum.*

2° L' usufruttuario, oltre al diritto di percipere i frutti, ha di più il diritto di *usare* della cosa, *salva substantia* (fr. 1, *Dig. h. t.*, VII, 1), ed inoltre *secundum conditionem suam* (fr. 15, *Dig. eod.*); in altri termini deve usarne in quella guisa che l'indole ed il destino di essa permettono; ma il pericolo, che la cosa deperisca o peggiori, non gli vieta di farne quell' uso cui è destinata; così può fare navigare la nave usufruita, sebbene possa perire per un naufragio (fr. 12, § 1, *Dig. h. t.*, VII, 1). Nell' usare della cosa può sodisfare oltre che al suo bisogno, eziandio al suo piacere (fr. 13, § 4 e 7, *Dig. eod.*).

[1] Discorda il Codice (argom. dell' art. 1597, vedi nota al § 352, II vol.

3° L'usufruttuario ha diritto di godere e servirsi non solo della *res fructuaria*, ma ben anco delle sue pertinenze, p. e., non solo del podere sul quale ha l'usufrutto, ma eziandio degli orti, delle stalle, degli arnesi rusticani (fr. 198, *Dig. de verb. signif.*, L, 16; fr. 91, § 5, *Dig. de legatis*, III, 32; fr. 9, § 7, *Dig. h. t.*, VII, 1; fr. 15, § 6, *Dig. eod.*), e perfino delle *accessioni*, che si confondono con la cosa stessa, p. e., dell'alluvione; ma non già delle accessioni, distinte e riconoscibili, p. e., dell'isola nata nel fiume. Di quest'ultime non ha neppure l'usufrutto (fr. 9, § 4, *Dig. de usufr.*, VII, 1). Il tesoro, non essendo un frutto del fondo, non ha altri diritti sul tesoro se non che quelli dell'inventore (*argum.* del fr. 7, § 12, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3). Le servitù prediali essendo inerenti ai fondi, possono essere esercitate dall'usufruttuario (fr. 1 *pr.*, *Dig. si ususfr. pet.*, VII, 6),

4° L'usufruttuario può cedere ad altri l'*esercizio* del suo diritto di usufrutto, ossia la *comodità di percipere i frutti*, così a titolo oneroso, come a titolo gratuito; ma non può cedere il *diritto stesso*, fuori che al proprietario (fr. 12, § 2; fr. 38, 39, 40, 67, *Dig. de usufr.*, VII, 1; *Instit.*, § 1, *de usu*, II, 5, *Vatic. fragm.*, XLI). Il diritto di usufrutto non può essere ceduto ad una persona diversa dal proprietario, per non alterare le eventualità di consolidazione del diritto stesso al dominio; infatti se potesse quel diritto esser ceduto, non sarebbe più alla morte del cedente, ma a quella del cessionario, che lo usufrutto si estinguerebbe; e con successive cessioni, il cessionario prossimo a morire potrebbe prolungarlo indefinitamente. Lo stesso non può dirsi della cessione dell'esercizio di siffatto diritto, ossia della comodità di percipere i frutti, e perciò essa è lecita. Comunque in antico fosse questione, è cosa certa in gius Nuovo, che la cessione del *diritto* di usufrutto, sebbene nulla, non cagiona la perdita del diritto medesimo (Gajo, II, 30; *Instit.*, § 3, *Dig. h. t.*, II, 4; fr. 66, *Dig. de jure dotium*, XXII, 3).

§ 158. In contrapposto ai diritti ora dichiarati, l'usufruttuario ha gli *obblighi* seguenti: [1]

[1] Gli obblighi dell'usufruttuario sono pel Codice analoghi a quelli che gli impone il diritto Romano. Infatti:

1° L'usufruttuario non può conseguire il possesso delle cose da usufruire, se non dopo aver fatto l'*inventario* dei mobili, e *la descrizione* dello stato degli immobili soggetti all'usufrutto, presente o debitamente citato il proprietario.

1° Appena entra nell'esercizio del suo diritto, deve fare un inventario esatto delle cose sottoposte ad usufrutto, mediante descrizione e stima delle medesime, per identificarle (fr. 1, § 1, *Dig. usufr. quemad. caveat,* VII, 9).

Le spese relative sono a carico dell'usufruttuario. Ove l'usufruttuario sia stato dispensato dal fare l'inventario, questo potrà essere ottenuto dal proprietario a sue spese (art. 496).

2° l'usufruttuario deve dare *cauzione* di godere da buon padre di famiglia, se non ne è dispensato *dal titolo* del suo usufrutto. Il padre e la madre che hanno l'usufrutto legale dei beni dei loro figli, il *venditore,* o il donante con riserva di usufrutto, non sono obbligati a dare cauzione (art. 497). Il ritardo nel dare cauzione, non priva, pel Codice nostro, l'usufruttuario del diritto sui frutti.

Allorquando l'usufruttuario *non dà cauzione,* il proprietario, pel Codice nostro, ha diritto di chiedere che i mobili i quali si deteriorano con l'uso sieno venduti, e ne sia impiegato il prezzo, come quello delle derrate; nel qual caso l'usufruttuario ha pure diritto agli interessi. L'usufruttuario può nondimeno domandare e l'autorita giudiziaria ordinare, secondo le circostanze, che gli sia lasciata una parte dei mobili necessari pel proprio uso coll'obbligo di restituirli in fine dell'usufrutto (art. 499).

Se l'usufruttuario *non può dare cauzione sufficiente,* gli immobili sono affittati o messi sotto amministrazione, salva la facoltà all'usufruttuario di farsi assegnare per la propria abitazione una casa compresa nell'usufrutto; i danari compresi nell'usufrutto sono collocati ad interesse; i titoli al portatore si convertono in carte nominali a favore del proprietario coll'annotazione dell'usufrutto; le derrate sono vendute, ed il loro prezzo è parimente collocato ad interesse. In questi casi appartengono all'usufruttuario gli interessi dei capitali, le rendite ed i fitti (art. 498).

3° L'usufruttuario è tenuto, durante l'usufrutto, a tutti i carichi annuali del fondo, come sono i tributi, i canoni ed altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti (art. 506) Al pagamento dei carichi imposti sulla proprietà durante l'usufrutto è tenuto il proprietario, ma l'usufruttuario gli deve corrispondere l'interesse della somma pagata. Se l'usufruttuario ne anticipa il pagamento ha da essere rimborsato del capitale alla fine dell'usufrutto (art. 507). I debiti pei quali il fondo sia ipotecato, i censi, e le rendite semplici imposte sul medesimo non sono a carico dell'usufruttuario di una o più cose particolari. Se questi è costretto al loro pagamento, ha regresso contro il proprietario (art. 508). L'usufruttuario di un patrimonio o di una quota di patrimonio deve per intero e in proporzione della sua quota, soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue come vitalizie, e degli interessi di tutti i debiti o legati di cui il patrimonio è gravato. Trattandosi del pagamento di un capitale, se l'usufruttuario anticipa la somma per cui il fondo deve contribuire, gli viene restituito al termine dell'usufrutto lo stesso capitale senza interesse; e se l'usufruttuario non vuole fare questa anticipazione, è in facoltà del proprietario o di pagare tal somma, ed in questo caso l'usufruttuario gliene corrisponde l'interesse durante l'usufrutto, o di far vendere una porzione dei beni soggetti all'usufrutto sino alla concorrente somma dovuta (art. 509).

4° L'usufruttuario è tenuto alle riparazioni ordinarie ed anche alle straordinarie, che sieno state cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie dopo cominciato l'usufrutto (art. 501). Sono riparazioni straordinarie quelle dei muri maestri e delle volte, la sostituzione di travi ed il rinnovamento intero o di una parte notabile dei tetti, dei solai, degli argini, degli acquedotti e dei muri di sostegno e di cinta. Tutte le altre riparazioni sono ordinarie (art. 504). L'usufruttuario il quale abbia eseguito le riparazioni straordinarie senza esservi obbligato, o che abbia ricostrutto in parte l'edifizio che formava un accessorio necessario pel godimento del fondo soggetto ad usufrutto, rovinato soltanto in parte per vetustà o per caso fortuito, ha diritto di essere rimborsato senza interessi del valore delle opere fatte, in quanto la loro utilità sussista ancora

2° Deve dare *cauzione* al proprietario, che egli amministrerà rettamente la sostanza fruttuaria, e che la restituirà alla fine dell'usufrutto nella sua integrità, per quanto è permesso dallo stato e dall'indole di essa (fr. 1 *pr.*, § 1, *e seg. Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9; fr. 7, *Dig. eod.;* fr. 13 *pr., Dig. h. t.,* VII, 1). Finchè questa cauzione non è stata prestata, il proprietario può ricusarsi di porre la cosa nella fisica disponibilità dell'usufruttuario (fr. 7, 12, *Dig. quemad usufr. cav.*, VII, 1), e se ve l'ha già posta, può rivendicarla, od esigere la cauzione stessa con la *condictio incerti* (fr. 7 *pr.*, *Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9). Dall'obbligo di dare questa cauzione sono esenti: il padre per riguardo all'usufrutto del peculio avventizio del figlio (*cost.* 8, § 4, *Cod. de bonis quæ lib.*, VI, 61), il donatore che si riserba l'usufrutto della cosa che dona (fr. 62, *Dig. de ædil. edict.,* XXI, 1), il coniuge, che passando a seconde nozze perdeva la proprietà dei beni lasciatigli

al tempo in cui cessa l'usufrutto (art. 502 e 505). Se l'usufruttuario non voglia anticipare la somma occorrente per le riparazioni straordinarie o per la ricostruzione parziale che sopra, ed il proprietario acconsenta di eseguirle a proprie spese, l'usufruttuario ne corrisponderà l'interesse al proprietario durante l'usufrutto (art. 503). Se l'usufrutto è stabilito sopra un animale il quale perisca senza colpa dell'usufruttuario, questi non è tenuto a restituirne un altro, nè a pagarne il prezzo (art. 512). Se l'usufrutto è stabilito sopra una mandra o un gregge che perisca intieramente senza colpa dell'usufruttuario, questi non è obbligato verso il proprietario che a render conto delle pelli, o del loro valore. Se la mandra o il gregge non perisce intieramente, l'usufruttuario è tenuto a surrogare gli animali periti sino alla concorrente quantità dei nati, dopo che la mandra o il gregge cominciò ad essere mancante del numero primitivo (art. 513). Trattandosi di animali che formano la dote del fondo, si applicano le regole relative al quasi-usufrutto, delle quali parleremo fra breve (art. 514).

5° L'usufruttuario è tenuto a denunciare al proprietario qualunque usurpazione o offesa alle ragioni del proprietario, che, durante l'usufrutto, fosse commessa sul fondo da un terzo; omettendo tale denuncia è responsabile di tutti i danni che ne fossero derivati al proprietario (art. 511). Egli è tenuto a sopportare la spesa delle liti riguardanti l'usufrutto e le condanne a cui le liti stesse potessero dar luogo. Se le liti riguardano tanto la proprietà quanto l'usufrutto, vi saranno tenuti il proprietario e l'usufruttuario in proporzione del respettivo interesse (art. 510).

6° L'usufruttuario o i suoi eredi debbono al termine dell'usufrutto restituire al proprietario la cosa o cose fruttuarie, ma l'usufruttuario o chi lo rappresenta non ha diritto in fine dell'usufrutto ad indennità per miglioramenti che avesse fatti, ancorchè per quelli fosse aumentato il valore della cosa. L'aumento di valore può tuttavia compensarsi coi deterioramenti che fossero seguiti senza grave colpa dell'usufruttuario. Quando non vi sia luogo a compenso, potrà l'usufruttuario ripigliare le fatte addizioni, ove possano togliersi con qualche suo profitto e senza danno della proprietà, salvo che il proprietario preferisca di ritenerle, rimborsando all'usufruttuario una somma corrispondente al prezzo che questi ne potrebbe ritrarre staccandole dal fondo. Può eziandio l'usufruttuario togliere gli specchi i quadri ed altri ornamenti, che avesse fatto collocare nel fondo tenuto ad usufrutto, coll'obbligo però di rimettere ogni cosa nel primitivo stato (art. 495).

dal primo coniuge, e ne conservava l'usufrutto (*cost.* 6, § 1, *Cod. de secund. nupt.*, V, 9). Sarebbe indecoroso pei proprietari esigere delle garanzie da quelli usufruttuari, viste le relazioni che a loro li uniscono, relazioni le quali sono di tale indole da escludere ogni ragionevole timore, che essi abbiano a danneggiare la cosa usufruita. Il proprietario può per convenzione rinunziare al diritto di ottenere questa cauzione dall' usufruttuario (fr. 46, *Dig. de pactis*, II, 14), ma il testatore non può rimettere per testamento quell'obbligo alla persona cui lascia una cosa in usufrutto (*cost.* 7, *Cod. ut in poss. legat. servand.*, VI, 54; *cost.* 1, *Cod. de usufr.*, III, 33). Tale limitazione alla libertà del testatore, non si può spiegare che con una ragione istorica. Le leggi *Julia e Papia Poppea* limitavano il diritto di successione di certe persone al semplice usufrutto: se il testatore avesse potuto dispensarle dalla cauzione, sarebbe stato abilitato ad eludere la legge col dare di fatto a tali usufruttuari la libera disposizione della cosa, senza garanzia alcuna pel proprietario (MAYNZ, *Elem.*, vol. I, § 208).

3° L' usufruttuario godendo dell' utilità tutta derivante dalla cosa, deve sopportare tutti gli oneri e gravezze imposte alla medesima, e perciò è obbligato a pagare le tasse prediali ordinarie e straordinarie (fr, 7, § 2; fr. 27, § 3; fr. 52, *Dig. de usufr.*, VII, 1), che percuotono il fondo usufruito, e non i tributi personali, ossia che colpiscono la persona: questi ultimi fanno carico al proprietario.

4° L' usufruttuario deve conservare la cosa in buono stato; deve fare dunque le spese necessarie al mantenimento della medesima, se sono modiche e consistono in reparazioni e restauri di cui la cosa abbisogni, ma non ha l' obbligo p. e., di rifabbricare di pianta l' edifizio che è rovinato per vecchiezza, od è stato distrutto per caso fortuito (fr. 7, § 2, 3, *Dig. h. t., cost.* 7, *Cod. eod.*, III, 33). Può sottrarsi all' obbligo di pagare gli oneri che gravitano sul fondo, e di sopportare le spese occorrenti pel mantenimento, rinunziando all' usufrutto. Ma se per sua colpa, prima di siffatta rinunzia, avesse già cagionato qualche danno, ne rimane responsabile (fr. 1, § 3, *Dig. ususfr. quemad. cav.*, VII, 9; fr. 64, *Dig. h. t.*, VII, 1; fr. 15, *Dig. eod.*) L' usufruttuario deve surrogare nuovi oggetti produttivi a quelli che vengono a mancare: così sostituire nuove piante a quelle che muoiono per vecchiezza, e coi parti del gregge sostituire nuovi capi di be-

stiame nel gregge stesso a quelli periti (*Instit.*, § 38, *de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § 3, fr. 18, *Dig. h. t.*, VII, 1; fr. 68, § 2, fr. 69, *Dig. eod.*), ma se il gregge è perito tutto per caso fortuito, non è obbligato a sostituirne un altro a proprie spese.

5° L'usufruttuario deve servirsi della cosa da buono e diligente padre di famiglia, ed è responsabile di tutti i deterioramenti, che potesse soffrire per colpa sua, (*Instit.*, § 38; *de rer. divis.*, II, 1; fr. 9 *pr.*, § 2, 6; fr. 15, § 3; fr. 18; fr. 65 *pr.*; fr. 68, § 2; fr. 69 e 70, *Dig. h. t.*, VII, 1; fr. 1 *pr.*, § 3, 7; fr. 2; fr. 9, § 3, *Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9). Deve difenderla da qualunque usurpazione, che i terzi volessero commettere sulla medesima; deve interrompere le usucapioni e le prescrizioni, che a carico della proprietà della cosa o delle servitù attive inerenti ad essa, potessero venire consumate (fr. 15, § 7, *Dig. h. t.*, VII, 1; fr. 1, § 7, *Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9).

6° L'usufruttuario deve conservare inalterato lo stato del fondo o della casa, e la destinazione loro. Il fondo destinato alla delizia, i boschi destinati al passeggio non possono essere convertiti in campi od in vigneti, comunque per questa nuova destinazione divenissero più fruttiferi (fr. 13, § 4 e 6; fr. 15, § 1, *Dig. h. t.*, VII, 1), e viceversa i poderi ed i campi non possono essere ridotti a viali, a prati, a parchi. Si possono per altro fare quelle costruzioni, che sono necessarie per custodire i raccolti o per sorvegliarli (fr. 13, § 6; fr. 73, *Dig. eod.*, VII, 1). L'usufruttuario di una casa non può alzarla, nè sbassarla, nè terminarla se soltanto principiata (fr. 13, § 7, 8; fr. 61, *Dig. h. t.*, VII, 1), nè mutarne l'uso: ridurla p. e., a stabilimento di bagni pubblici mentre era un'abitazione con bagno per uso privato del padrone (*cit.* fr. 13, § 8, *Dig. h. t.*), e molto meno darle una destinazione turpe, che la screditasse (fr. 27, § 1, *Dig. h. t.*, VII, 1). Tuttavolta può migliorarla, p. e., per renderla più ariosa aprirvi delle finestre, e per farla più splendida decorarla p. e., con pitture, purchè ripetesi, non ne trasformi l'uso ed il destino (cit. fr. 13, § 7).

7° Finito l'usufrutto, l'usufruttuario od i suoi eredi debbono restituire la *res fructuaria* coi frutti non ancora percetti, al proprietario nello stesso grado nel quale fu da lui consegnata, ma non sono responsabili dei deterioramenti che senza loro colpa avesse potuto patire (fr. 1, *pr.*, § 7; fr. 9, § 3, *Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9).

§ 159. L' usufrutto essendo il diritto di usare e di fruire di una cosa, salva la sostanza della medesima, regolarmente non può essere costituito sulle cose *quæ usu consumuntur*. Ciò nonostante un senatusconsulto (che si crede dell' epoca di Augusto o di Tiberio) stabilì, che un diritto di usufrutto potesse essere costituito per legato sulle cose tutte, purchè nel patrimonio: *Senatus censuit, ut omnium rerum quæ in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit,* onde si concluse che si potesse legare l' usufrutto anche delle cose che si consumano o si distruggono con l' uso, *quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum quæ usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari* (fr. 1, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5). I commentatori chiamarono *quasi-usufrutto* quest' usufrutto sulle cose *quæ usu consumuntur vel minuuntur, quæ usu tolluntur,* o *quæ in abusu consistunt;* nelle nostre Fonti trovasi sotto il titolo anch' esso di *usufrutto,* come resulta dalla rubrica del titolo 5, lib. VII delle Pandette (*de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur vel minuuntur*). Gajo, e con lui i compilatori delle Istituzioni imperiali (Gajo, fr. 2, cit. tit. 5, lib. VII; *Instit. imp.*, § 2, *de usufr.*, II, 4), osservano che il senatusconsulto ora ricordato non potè aver virtù di rendere il diritto così legato un usufrutto, essendo questo impossibile su cose consumabili, ma che per quel senatusconsulto potè essere considerato *come* o *quasi* un usufrutto.[1] Ammesso una volta il principio che potesse esistere un *quasi-usufrutto* su cose consumabili, cotale principio venne esteso, e fu ammesso che potesse essere costituito un quasi usufrutto sui crediti, sul danaro contante, e perfino sopra una *universitas juris,* come un peculio, un patrimonio (fr. 3; fr. 5, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5; fr. 24 *pr.*; fr. 37; fr. 43, *Dig. de usu et usuf. per leg. dat.*, XXXIII, 2; *cost.* 35, § 4, *Cod. de donat.*, VIII, 54.

§ 160. Il quasi usufrutto conferisce a chi ne gode, la proprietà delle cose, attalchè gli dà il diritto di consumarle, salvo l' obbligo di restituirne un' uguale quantità della qualità stessa, od il loro valore stimato in contanti. E quest' obbligo di restituzione, è guarentito mediante una cauzione, che il quasi usufruttuario deve fornire (fr. 5, § 1 e fr. 7 *Dig. de usufr. ear. rer.*,

[1] Nelle Fonti del diritto Romano quest' usufrutto su cose consumabili occorre sempre costituito per legato: per conseguenza è da dubitare se potesse essere costituito altrimenti.

VII, 5; *Instit.*, § 2, *de usufr.* II, 4). Il già proprietario delle cose obietto di quasi usufrutto, non serba nessun diritto reale sulle medesime, ha soltanto la facoltà con un' azione personale di obbligare il quasi usufruttuario al termine del quasi usufrutto, a rendere altrettanto di quanto ebbe, o il valore; e di più ha per garanzia dell'esecuzione di tale obbligazione, che incombe al quasi usufruttuario, una cauzione (fr. 11, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5; fr. 7, *Dig. eod. tit.*). Dalle quali cose si raccoglie, che il quasi usufrutto più presto che un *jus in re aliena,* è un rapporto obbligatorio guarentito da una *cauzione usufruttuaria;* rapporto obbligatorio che ha molte analogie col mutuo. Ma vedremo nel trattare del mutuo, che mentre esso rassomiglia non poco al quasi usufrutto, ne differisce in qualche lato in siffatto modo, che non può con quello andare confuso; frattanto osserveremo, che il quasi usufrutto come servitù personale, di regola dura quanto la vita di chi lo gode, mentre il mutuo dura pel tempo fissato dalle parti: o se tempo non fu fissato, finchè non viene richiesta la cosa mutuata. La cosa mutuata deve essere sempre restituita in *eodem genere et natura,* ed è solamente quando questa restituzione è divenuta impossibile, che il mutuatario è condannato a pagarne la stima, ma non possono le parti nel momento che concludono il mutuo convenire, che invece di restituire altrettanto *in eodem genere et natura,* verrà dal mutuatario restituito il valore della cosa mutuata. Quest'accordo sarebbe contrario alla natura del mutuo, e lo farebbe degenerare; mentre quest'accordo può essere fatto nel quasi usufrutto. Arroge che al mutuo non si aggiunge *cautio,* come al quasi usufrutto; e che al mutuo può unirsi con separata stipulazione il patto delle usure, il che non può farsi nel quasi usufrutto, ec. ec.

§ 161. Sul danaro contante, che sia in corso ed in commercio, (e che non consti di monete antiche da numismatici ed archeologi fr. 28, *Dig. de usufr.*, VII, 1), non si può costituire che un quasi usufrutto, perocchè sebbene sia vero che le monete non si distruggano maneggiandole, tuttavolta vengono in certa guisa a perire per chi le usa, non potendo usarne se non che spendendole, vale a dire trasferendone la proprietà: *ipso usu, assidua permutatione quodammodo extinguuntur* (*Instit.*, § 2, *de usufr.*, II, 4). Sui crediti può costituirsi un usufrutto, se si concede soltanto il diritto di riscuoterne e goderne le usure o gli interessi: un quasi

usufrutto se si concede, di riscuoterne la sorte, di impiegarne il retratto, e di goderne e fruirne. A meno di una espressa convenzione in contrario, sui crediti si presume sempre costituito un quasi usufrutto (fr. 3, fr. 4, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5; *cost.* 1, *Cod. de usufr.*, III, 33). L'usufrutto di un peculio, di tutto un patrimonio, o di una quota parte del medesimo, è a seconda della indole delle cose che sono in quel patrimonio od in quel peculio, o un usufrutto vero e proprio, od un quasi usufrutto (fr. 24 *pr.*, *Dig. de usu et usufr.*, XXXIII, 2). Troviamo nelle nostre Fonti proposta la questione, se sulle vesti possa essere costituito un vero e proprio usufrutto, od invece un quasi usufrutto. Si ritengono come suscettive di un vero usufrutto in due passi delle Pandette (fr. 15, § 4, 5, *Dig. de usufr.*, VII, 1; e fr. 9, § 3, *Dig. ususfr. quemad. cav.*, VII, 9), e come suscettive di quasi usufrutto nelle Istituzioni imperiali (§ 2; *de usufr.*, II, 4). Si possono conciliare queste due opposte risoluzioni della questione, distinguendo le vesti di gala e di apparato, dalle vesti di uso quotidiano; perocchè le prime per la rarità dell'uso che se ne fa, non si consumano, e quindi sono suscettive di usufrutto vero e proprio; le seconde per l'uso giornanaliero si consumano, laonde sono suscettive soltanto di quasi usufrutto. Per conseguenza l'usufruttuario di quelle, alla fine dell'usufrutto rimane liberato col restituirle nello stato in cui si trovano: il quasi usufruttuario di queste dovrà restituirne il valore.[1]

II. L' uso.

§ 162. L'usufrutto, l'abbiamo veduto, si compone di due elementi: il diritto di usare della cosa (*jus utendi, usus*) ed il di-

[1] Il nostro Codice ammette un *quasi usufrutto*, alla pari del diritto Romano, per quelle cose *quæ usu consumuntur*. Infatti nell' articolo 483 dispone:

Se l' usufrutto comprende cose delle quali *non si possa fare uso senza consumarle*, come danaro, grani, liquori, l' usufruttuario ha diritto di servirsene, coll' obbligo di pagarne il valore al termine dell' usufrutto secondo la stima che ne fosse stata fatta al cominciamento di esso. Ove tale stima non sia stata fatta, egli avrà la scelta o di restituire le cose in ugual quantità e qualità, o di pagarne il prezzo corrente al tempo della cessazione dell' usufrutto (art. 483).

Se l' usufrutto comprende cose che senza consumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco con l' uso, come la biancheria e la mobilia, l' usufruttuario ha diritto di servirsene per l' uso a cui sono destinate; e non è obbligato a restituirle al cessare dell' usufrutto, se non nello stato in cui si trovano, coll' obbligo però di tenere indenne il proprietario se per dolo o per sua colpa fossero deteriorate (art. 484).

ritto di fruirne (*jus fruendi, fructus*). Se il primo di questi due diritti è eretto in diritto separato, chiamasi *usus* o *nudus usus*. L'*usus* può definirsi come: *il diritto di usare di una cosa, applicandola direttamente ed immediatamente alla sodisfazione dei nostri bisogni, salva la sostanza della medesima* (*Instit.*, § 1, *de usu et habit.*, II, 5; fr. 1, *Dig. eod.*, VII, 8). L'usuario (*usuarius*) può usare della cosa, non già fruirne, *uti potest, frui non potest.* (fr. 2, *Dig. h. t.*, VII, 8), vale a dire può applicare direttamente ed immediatamente la cosa alla sodisfazione dei propri bisogni nel modo più lato possibile, purchè senza distruggerla o consumarla; ma non può prenderne alcun frutto o prodotto, sia in natura, sia in contanti. Tale fu l'indole primitiva dell'*usus* o del *nudus usus*; per altro essa fu modificata dall'interpretazione dei giureconsulti. Considerando, che in alcune circostanze l'uso della cosa non avrebbe prodotto nessuno o troppo sottile vantaggio all'usuario, e che le volontà dei testatori debbono essere favorevolmente interpretate, *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (fr. 12, *Dig. de regulis juris*, L, 17), la giurisprudenza accordò all'usuario più del semplice uso: vale a dire gli permise di prendere ancora un poco di frutti; ma *limitatamente ai suoi bisogni personali;* mentre *usare* della cosa può in un modo non limitato dai suoi bisogni personali, ma limitato soltanto dall'obbligo di lasciare il proprietario coltivare il fondo, perciperne i frutti (fr. 42, *Dig. de usufr.*, VII, 1), o restaurare la casa. La persona cui fu lasciato l'uso di un fondo rustico, a rigore per quell'*usus* non avrebbe avuto facoltà se nonchè di starvi, di passeggiarvi, di farvisi portare (*deambulandi et gestandi*), di servirsi delle cantine e dei magazzini, di impedire al proprietario ed ai suoi agenti di venire sul fondo, fuori che per coltivarlo e raccoglierne i frutti (fr. 10, § 4, *Dig. de usu et habit.*, VII, 8; fr. 12, § 1, *Dig. eod.*). Tutto questo parve troppo povera cosa, attalchè i giureconsulti per estensione accordarono all'usuario anche alcuni frutti, ma pel suo personale bisogno quotidiano, specialmente *si abundent in fundo*, ed in considerazione della *dignitas ejus cui relictus est usus* (cit. fr. 12, § 1, *Dig. de usu et hab.*, VII, 8); eziandio i compilatori delle Istituzioni Imperiali lasciarono scritto, che chi ha l'uso di un fondo rustico ha diritto di prenderne dei legumi, delle frutta, dei fiori, del fieno, dello strame, e delle legna, ma dentro la misura del bisogno ed uso quotidiano: *ad usum quotidianum utatur* (*Instit.*, § 1, *h. t.*, II, 5).

Chi ha l'uso di una casa, stando alle Istituzioni Imperiali, ha soltanto il diritto di abitarvi da per sè, senza potere trasferire ad altri questo diritto, ed appena gli si permette di ricevervi un ospite, e di tenervi la moglie, i figli, i liberti, le persone libere addette al suo servigio, e gli schiavi (*Instit.*, § 2, *h. t.*, II, 5); ma nelle Pandette si ammette, che se la casa fosse troppo grande per l'usuario, e sua famiglia, egli possa, abitando pure esso nella casa, ricevervi nelle stanze che gli avanzano, un inquilino e riscuoterne una pigione: *et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit invidendum* (fr. 4 *Dig. h. t.*, VII, 8), piuttosto che lasciare quelle stanze vuote; perocchè il proprietario non possa occuparle sebbene superflue al bisogno dell'usuario: a ciò resistendo l'*jus utendi* di quest'ultimo, che si estende sulla totalità della cosa. A chi fu lasciato l'uso di un gregge non sarebbe lecito, per le Istituzioni Imperiali, di prenderne nè lana, nè latte, nè i parti: perchè questi sono frutti (*Instit.*, § 4, *h. t.*, II, 3), e dovrebbe limitarsi a godere dell'ingrasso che pel gregge stesso può avere il suo campo: *plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.* Ma nelle Pandette Ulpiano ritiene, che l'usuario possa prendere anche un poco di latte (*modicum lac*) pel suo uso personale, giacchè le volontà del defunto non debbono essere tanto rigorosamente interpretate: *neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (fr. 12, § 2, *Dig. de usu et habit.*, VII, 8). Chi ebbe per legato l'uso di uno schiavo o di una bestia da soma, secondo le Istituzioni Imperiali, avrebbe soltanto il diritto di servirsi delle loro opere, ma non potrebbe locare i servigi e le opere dei medesimi (*Instit.*, § 3, *de usu et habit.,* II, 5), ciò non pertanto troviamo nelle Pandette stabilito, che se ad alcuno fosse stato legato l'uso di schiavi, potrebbe impiegarli a far lavori da esso legatario assunti a compiere a cottimo (fr. 12, § 6, *Dig. h. t.*, VII, 8), e che se fosse legato ad un auriga del circo l'uso di cavalli, conoscendosi dal testatore il di lui mestiere, si dovrebbe concedere a quest'auriga il noleggiarli per gli spettacoli del circo (fr. 12, § 4, *Dig. h. t.*, VII, 8). - In qualche caso il legato dell'uso, perchè non riesca illusorio, viene interpretato tanto latamente, da equipararlo al legato dell'usufrutto. Tale è il legato dell'uso di un bosco ceduo, *usus sylvæ,* situato lontano dal luogo di abitazione del legatario. Il servirsi delle legna per i bisogni domestici, non gioverebbe al legatario, visto la lontananza e per conseguenza il prezzo

od il disagio dei trasporti; quindi gli si permette di fare tagli regolari di legna, e di venderle come se fosse un usufruttuario (fr. 22 *prin.*, *Dig. h. t.*, VII, 8). Il legato dell'uso di cose, che per l'uso si consumano, è parificato al legato del quasi usufrutto (fr. 5, § 2; fr. 10, § 1, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5).

§ 163. Gli obblighi dell'usuario sono in generale uguali a quelli dell'usufruttuario, specialmente per ciò che riguarda la restituzione della cosa, e la cauzione da fornirsi di restituirla, e di non degradarla (fr. 15, *in f. Dig. h. t.*, VII, 8; fr. 13, § 2, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 10, § 1, *Dig. de usufr. ear. rer.*, VII, 5; fr. 5, § 1; fr. 11, *Dig. ususfr. quemad. caveat.*, VII, 9). Le spese di risarcimento incombono a parti uguali al proprietario ed all'usuario, se la cosa non produce frutti; e perciò trattandosi di una casa, tanto il proprietario, quanto l'usuario dovranno contribuire a restaurarne p. e. il tetto o le mura. - Se la cosa, nonostante l'uso, produce dei frutti dei quali goda il proprietario, sono a suo carico siffatte spese; e se finalmente la cosa è di tale indole, che per l'uso della medesima il proprietario rimanga privato di qualunque frutto o prodotto, allora quelle spese sono a carico dell'usuario (fr. 18, *Dig. h. t.*, VII, 8). Nel testo tali regole sono espresse per le sole spese di risarcimento, ma per uguaglianza di ragione esse debbono venire estese ancora al pagamento delle imposizioni.

§ 164. Fra l'usufrutto e l'uso oltre alla differenza notevolissima, che l'uno comprende l'*usus* ed il *fructus*, l'altro il *fructus* soltanto, occorrono eziandio altre differenze, che è prezzo dell'opera dichiarare.

a) L'usufrutto è divisibile, perchè i frutti che ne sono il prodotto possono essere divisi; l'uso è indivisibile, essendo impossibile di servirsi di una cosa *pro parte*, ossia per una parte intellettuale (fr. 19, *Dig. h. t.*, VII, 8), per esempio servirsi di metà di uno schiavo; e se è costituito l'uso sopra una parte materiale di una cosa, (p. e. sulla metà di un podere a destra del fiume, che lo divide), allora quella parte materiale viene ad essere una cosa distinta, una cosa in realtà separata.

b) L'usufruttuario non può cedere il suo diritto, ma può cedere l'esercizio del medesimo: l'usuario non può cedere nè il diritto suo, nè l'esercizio di quello. - Questa differenza è ragionevole. Se l'usuario potesse cedere a titolo *correspettivo* il suo diritto (p. e. potesse locarlo o venderlo), egli non *userebbe* più della

cosa, ma verrebbe a ricavare dalla medesima, o dal prezzo dell'uso ceduto, dei *frutti* contro la volontà di chi gli diè l'uso soltanto della cosa stessa; e se cedesse a titolo *gratuito* l'esercizio del suo diritto, potrebbe procurarsi l'eventualità di un frutto, sperabile dalla gratitudine del donatario. Aggiungasi, che l'uso di una cosa fatto da una persona, non è uguale all'uso, che della cosa medesima faccia una persona diversa; talchè pel proprietario non è indifferente la persona dell'usuario; mentre l'usufrutto è uguale sempre, qualunque sia la persona che ne gode. Finalmente *usare* (*uti*) indica propriamente servirsi *personalmente* della cosa, e però non ne usa, non se ne serve, chi la cede ad altri, affinchè se ne serva o ne usi; usare è dunque qualche cosa di più personale di usufruire.[1]

III. Dell'abitazione.

§ 165. L'abitazione è il diritto di *abitare la casa altrui, o di locarla, salva la sostanza, e rispettato il destino della medesima.* Giustiniano attribuì il carattere di servitù personale al diritto di abitazione conceduto per legato, o per una disposizione qualunque *mortis causa*, o *inter vivos*. Era questione sull'estensione di questo diritto, il quale dai più si considerava come una specie di *uso*; ma Giustiniano lo fece simile all'*usufrutto*, dando a chi è rivestito di siffatto diritto, la facoltà di abitare da sè o di locare la cosa,

[1] Il Codice Civile italiano tratta insieme delle servitù personali di uso e di abitazione, e in molti articoli le congiunge; per amore di ordine, noi nella trattazione nostra le separiamo. – E qui diremo dell'uso.

L'idea giuridica dell'uso, che dà il Codice, è uguale a quella adottata dalla pratica giurisprudenza romana; ciò si rileva dallo insieme delle disposizioni relative a questo ente di diritto.

Chi ha l'uso di un fondo, anche pel Codice nostro, non può raccoglierne i frutti, se non per quanto sia necessario ai suoi bisogni, e a quelli della famiglia sua (art. 521).

Questo diritto non si può esercitare, se prima non si è data cauzione, e formato l'inventario dei mobili, e la descrizione dello stato degli immobili, come nel caso dell'usufrutto. – Può però l'autorità giudiziaria dispensare dall'obbligo della cauzione secondo le circostanze (art. 525).

Chi ha il diritto di uso deve goderne da buon padre di famiglia (art. 526).

Se chi ha l'uso di un fondo ne raccoglie tutti i frutti, soggiace alle spese di cultura, alle riparazioni ordinarie, ed al pagamento di tributi come l'usufruttuario. – Se non raccoglie che una parte dei frutti, contribuisce in proporzione di ciò che gode (art. 527).

Il diritto di uso anche pel Codice nostro non si può cedere, nè affittare (art. 528).

L'uso dei boschi e delle foreste è regolato da leggi particolari (art. 530).

sulla quale fu lasciato il diritto di abitazione (fr. 8 *pr.*; fr. 10 *pr.*, § 2, *Dig. h. t.*, VII, 8; *cost.* 13, *Cod. h. t.*, III, 33). Laonde questa servitù personale attribuisce facoltà più estese dell'uso, perchè attribuisce facoltà di locare: meno estese dell'usufrutto, perchè non conferisce la facoltà di cedere il godimento dell'abitazione a titolo gratuito (*Instit.*, § 5, *h. t.*, II, 6; fr. 10, *Dig. eod, cost.* 13, *Cod. eod.*, III, 33). Quest'ultima facoltà non fu attribuita a chi gode del diritto di abitazione, forse perchè si considerò che cotale diritto viene accordato come una specie di elemosina. Siffatta considerazione potrebbe essere anche il motivo della regola, che il *non uso* e la *capitis diminutio* non estinguono la servitù in quistione; quando non si volesse dire con Ulpiano, che l'abitazione consistendo in un fatto piuttosto che in un diritto, non poteva estinguersi nei due modi ora indicati (fr. 10, *Dig. de capite minutis*, IV, 5). - Secondo alcuni interpreti, se l'*jus habitationis* è stato costituito mediante donazione *inter vivos*, gli eredi del donante potrebbero revocarla; ciò sostengono fondandosi sul disposto del fr. 32, *Dig. de donationibus*, XXXIX, 5; altri negano agli eredi cotale facoltà, appoggiandosi alle parole del fr. 27, *Dig.* al medesimo titolo *de donationibus*. L'ultima di queste opinioni pare preferibile, perchè il fr. 32, *Dig. de donationibus*, sembra una decisione per un caso singolare, nel quale *secundum ea quæ proponerentur*, esistevano circostanze speciali per revocare una donazione viziosa nella sua forma. - Chi gode dell'abitazione potendo ricavarne dei frutti, è tenuto a restaurarla, a mantenerla in buon grado, ed a pagarne le imposizioni (fr. 5, § 3, *Dig. ususfr. quemad. cav.*, VII, 9); del resto anch'esso ha l'obbligo di dare cauzione per garantire il proprietario, che eserciterà il suo diritto da buon padre di famiglia (cit. fr. 5, § 3, *Dig. usufr. quemad. cav.*, VII, 9). - L'*jus habitationis,* o sia costituito per donazione, o lo sia per un atto diverso, è sempre una servitù personale, cosicchè se un termine non è apposto alla durata del medesimo, si ritiene che abbia a durare quanto la vita del concessionario.[1]

[1] Il diritto di abitazione pel Codice Civile; è diverso dal diritto di abitazione pel diritto Giustinianeo. Infatti chi ha il diritto di abitazione, pel Codice Civile non può *cedere, nè affittare il suo diritto,* (art. 528). Mentre per diritto Giustinianeo poteva affittare il suo diritto, o cederne l'esercizio a titolo oneroso, e soltanto gli era vietato cederne l'esercizio a titolo gratuito.

Del resto tanto pel Codice nostro quanto pel diritto Giustinianeo, chi ha il diritto di abitazione in una casa può abitarvi con la sua famiglia (art. 522). Il Codice aggiunge, che nella famiglia si comprendono anche i figli nati dopo

IV. Delle opere dei servi e degli animali altrui.

§ 166. Il ***diritto di percepire ogni utile dalle opere dei servi altrui,*** nel titolo 7, libro VII, delle Pandette, (che ha per rubrica *de operis servorum*) è collocato fra le servitù personali; un frammento di Ulpiano (fr. 5, § 3, *Dig. ususfr. quemad. cav.*, VII, 9), parifica a questo diritto, quello *di percepire ogni utile dalle opere degli animali altrui.* Impropriamente sono questi diritti considerati, nelle nostre Fonti, come servitù personali, conciossiachè la morte della persona cui furono legati non li estingua, ed essi passino negli eredi del legatario, i quali seguitano a goderne, finchè gli schiavi o gli animali vivono, od altri non li usucapisce (fr. 2, *Dig. de usu et usufr. per leg. datis*, XXXIII, 2), e qualora questi diritti fossero costituiti a termine, o fino al compimento di un lavoro, cesserebbero spirato il termine, o compiuto il lavoro (cit. fr. 2, *Dig.*, XXXIII, 2); il che è inconciliabile col carattere loro attribuito di servitù personali. Chi ne godeva, poteva locare ad altri le opere del servo o dell'animale, come se ne avesse avuto l'usufrutto (fr. 3, *Dig. h. t.*, VII, 7), ma non acquistava per mezzo del servo in modo pari all'usufruttuario (*Instit.*, § 4, *per quas pers. nob. acquirit.*, II, 9). Questi diritti non si estinguevano per la *capi-*

che cominciò il diritto di abitazione, quantunque al tempo in cui cominciò, la persona che ne gode, non avesse contratto matrimonio (art. 523). Questa dichiarazione sulla intelligenza da darsi alla parola *famiglia*, il Codice la fa ancora per la servitù dell'uso, della quale abbiamo parlato nella nota antecedente.

Il diritto di abitazione pel Codice si limita, a ciò che è necessario all'abitazione di quello a cui fu concesso e della sua famiglia, secondo le condizioni del medesimo (art. 524); non potrebbe per conseguenza secondo il Codice, trarre vantaggio economico dalle stanze del quartiere che avanzassero al suo bisogno; è dunque in peggiore condizione di quello che fosse l'*usuario di un'abitazione* nel sistema Romano; il quale per interpretazione dei Giureconsulti poteva, se la casa era troppo grande, abitando pure esso nella medesima, ricevere nelle stanze che gli avanzavano un inquilino, e riscuoterne una pigione. Laonde il Codice ammette, contro il disposto del diritto Romano, che il proprietario possa occupare e godere quella parte del quartiere, che non è necessaria a colui cui fu concessa per abitare.

Pel Codice nostro, se chi ha il diritto di abitazione occupa tutta la casa, soggiace alle riparazioni ordinarie ed al pagamento dei tributi come l'usufruttuario (art. 527) se non occupa che una parte della casa, contribuisce in proporzione di ciò che gode (art. 527, capoverso).

Come si estingua questo diritto, e quelli di uso, e di usufrutto, lo vedremo quando tratteremo del modo di estinzione delle servitù tutte (art. 515 e 529).

Il Codice nostro non riconosce nessuna servitù personale avente per obietto gli *animali altrui*.

tis diminutio, nè pel *non usus* (fr. 2, *Dig. h. t.*, VII, 7; fr. 2, *Dig. de usu et usufr. pr. leg.*, XXXIII, 2) forse perchè non limitati alla vita del legatario, ma destinati a durare quanto la vita del servo, o dell'animale. Per esercitarli bisognava dar cauzione (fr. 8, § 3, *Dig.*, VII, 9).

CAPITOLO IV.

DELLA COSTITUZIONE DELLE SERVITÙ.[1]

§ 167. Le servitù sono diritti frazionari del dominio, conceduti a persona diversa dal proprietario. Di qui deriva:

1° Che il solo proprietario può sottoporre una cosa a servitù; il non proprietario non potrebbe accordare un *jus servitutis,* ma soltanto una *juris possessio,* ossia una *quasi possessio* della servitù (fr. 6, *pr.*; fr. 8, *Dig. comm. præd.*, VIII, 4; fr. 11, § 1, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6; fr. 105, *Dig. de condit. et demonstrat.*, XXXV, 1). Ciò non pertanto lice all'enfiteuta ed al superficiario costituire delle servitù sulla cosa che è sottoposta al diritto di enfiteusi o di superficie. Ma queste servitù durano quanto il diritto di chi le costituì; vale qui la regola: *resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum.*

2° Un comproprietario non può da sè *solo*, costituire una servitù sul fondo comune, ed in vero lo potrebbe solamente sulla sua parte, e le servitù sono indivisibili (fr. 2, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 11; fr. 34 *pr.*, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 6, § 1, 3; fr. 18, *Dig. comm. præd.,* VIII, 4).

§ 168. Quelli che in generale hanno la capacità di acquistare, possono acquistare delle servitù personali, ma le servitù

[1] Pel Codice nostro, come per diritto Romano:

1° Solo il proprietario può imporre delle servitù sul proprio fondo (art. 616). Il proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano al diritto di usufrutto: coll'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono (art. 635).

2° La servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso, non vi si intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente (art. 636). Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi, rimangono sempre in sospeso, sintanto che sia seguita quella dell'ultimo (art. 636, capov. 1°). Queste regole sono una conseguenza della *indivisibilità* delle servitù che ancora il Codice nostro riconosce.

La concessione di una servitù fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso (art. 636, capoverso 2°).

prediali si acquistano soltanto dal vero proprietario del fondo, perchè ne sono un'accessione. Il comproprietario non può da sè solo acquistare una servitù a favore del fondo comune, perchè le servitù sono indivisibili; ed egli acquisterebbe una servitù per una parte del fondo, cioè per la sua parte intellettuale (fr. 8 *in f.*, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 19, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 5, *in f.*; fr. 6, § 1, 3; fr. 18, *Dig. comm. præd.*, VII, 4).

§ 169. In gius Antico le servitù rustiche, essendo *res mancipi*, si acquistavano con la *mancipatio*. Una zolla rappresentava il fondo rustico, e chi voleva acquistare la servitù, eseguiva le formalità della *mancipatio* (GAJO, II, 29). Le altre servitù si acquistavano con la *cessio in jure* (GAJO, II, 29, e 30; ULP., XIX, 11, *Vatic. fragm.*, 45). Chi trasferiva in altri la proprietà di un fondo, poteva dedurne e riserbarsi il diritto frazionario del dominio che costituisce la servitù, mancipandolo o cedendolo *deducta servitute*. Tale acquisto dicevasi fatto *per deductionem*, deduzione che si operava nell'atto che la cosa veniva trasferita con la *mancipatio*, o *con la cessio in jure* (GAJO, II, 30, 32; ULP., XIX, 11, *Vatic. fragm.*, 47, 50). Questi modi di costituire la servitù, come propri del diritto Civile, non erano praticabili fra i peregrini, nè applicabili ai fondi provinciali. Per acquistare una servitù, sopra fondi provinciali o fra peregrini, bastava fare una convenzione (*pactio*), alla quale si soleva aggiungere mediante la *stipulazione* (*stipulatio*) la promessa di pagare una *penale*, nel caso di contravvenzione alla servitù (GAJO, II, 31). Per garantire le servitù costituite sui fondi provinciali, i pretori davano l'*actio confessoria*, e proteggevano in un modo analogo chi era semplice proprietario bonitario. Per difendere le servitù costituite dall'enfiteuta o dal superficiario davano *utiliter* l'*actio confessoria*. In siffatti casi le servitù non erano costituite *jure civili*, ma *tuitione prætoris* producevano lo stesso effetto, che se fossero state costituite in quel modo (*Vatic. fragm.* 61; fr. 1 *pr.*, *Dig. quib. mod. usufr. amitt.*, VII, 4; fr. 1, § 6, 9, *Dig. de superficiebus*, XLIII, 18). Il pretore proteggeva, tanto in Roma quanto nelle provincie, chi senza avere acquistato una servitù nei modi propri del diritto rigoroso, pure l'aveva esercitata di buona fede con la tolleranza del proprietario della cosa. La tolleranza si considerava come una specie di *tradizione*, che trasfe-

risse il *quasi possesso* della servitù; ed il pretore proteggeva tale quasi possesso con gli interdetti e con la *Publiciana* (*Vat. fragm.* 61; fr. 11, § 1, *Dig. de Public. act.*, VI, 2; fr. 9, § 1, *Dig. de usufr. quemad. cav.*, VII, 9; fr. 20, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 1, § 2, *de serv. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 16, *Dig. si servit. vindic.*, VIII, 5; fr. 1, § 9, *Dig. de superficiebus*, XLIII, 18). In gius Nuovo *la mancipatio* e la *cessio in jure*, essendo andate in disuso, in luogo di esse è adoperata la semplice convenzione, la quale per lo innanzi, come abbiamo detto, si usava soltanto nelle provincie (*Instit.*, § 4, *de servit.*, II, 3, § 1, *de usufr.*, II, 4; fr. 3 *pr.*, e § 2, *Dig. de usufr.*, VII, 1). Egli è per ciò che l'uso dell'azione *Publiciana* dovè essere più raro; tuttavia dovè sempre essere adoperata, quando una servitù fosse stata costituita dal *non proprietario* della cosa; e quando chi godeva della servitù, non avesse voluto accingersi a provare che la servitù gli apparteneva per diritto. Ma in tali casi, non bastava provare di avere acquistato la servitù in virtù di una convenzione, faceva di mestieri eziandio provare il fatto della *quasi tradizione* della servitù; conciossiachè l'azione *Publiciana* supponga il possesso di buona fede, e cotal possesso non può essere acquistato se non che mediante un atto esterno, consentito da colui che si credeva fosse proprietario della cosa sottoposta a servitù.

§ 170. In gius Nuovo le servitù si costituiscono in 4 modi diversi: [1]

[1] Il Codice nostro nulla dichiara circa ai modi coi quali si costituiscono le servitù *personali* di usufrutto, e di abitazione; per altro resulta dal Codice stesso che si costituiscono o per *legge* o pel *fatto dell'uomo*.

Per *legge*, come l'usufrutto che la legge accorda al genitore sopra il peculio avventizio ordinario del figlio (art. 228 e seg.); ed al conjuge superstite sopra porzione dei beni dell'altro coniuge, tanto in caso di successione legittima (art. 753), quanto in caso di successione testamentaria (art. 812, 813, 814).

Per *fatto dell'uomo*, come se l'usufrutto, l'uso e l'abitazione furono costituiti per atti di ultima volontà (art. 810, 850, 885, 901 etc.) o per atti fra vivi (art. 1074, 1314, nº 2º etc).

Il Codice stesso esplicitamente dichiara, l'abbiamo veduto altrove, che le servitù *prediali* sono stabilite dalla *legge* o dal *fatto dell'uomo* (art. 532).

Le servitù prediali che derivano dal fatto dell'uomo si stabiliscono:

1º in forza di un titolo, 2º o con la prescrizione di 30 anni, 3º o per la destinazione del padre di famiglia. Il Codice non parla di *aggiudicazione* come sorgente di servitù o personali o reali. In ciò si allontana dal diritto Romano,

Le servitù *continue* ed *apparenti* si stabiliscono in forza di un titolo, o per la destinazione del padre di famiglia, o con la prescrizione di 30 anni (art. 629). Le servitù *continue non apparenti*, e le servitù *discontinue, sieno o non sieno apparenti*, non possono stabilirsi che mediante un *titolo*. Il *possesso*, benchè *immemorabile*, *non basta* a stabilirle (art. 630).

La *destinazione del padre di famiglia* ha luogo quando consta per qualun-

1° Per legge, 2° per volontà espressa in atti *inter vivos o mortis causa*, 3° per aggiudicazione, 4° per usucapione:

1° *Per legge* si acquista solamente la servitù dell'usufrutto e si acquista senza bisogno di un atto speciale di acquisto, ma in forza della pura disposizione della legge. Ed allora l'usufrutto dicesi *legale;* quale è a mo' di esempio l'usufrutto che vedemmo spettare al padre sul peculio avventizio dei discendenti sottoposti alla sua potestà (*cost.* 6, *Cod. de bonis quæ liberis*, VI, 61).

2° *Per volontà espressa in atti mortis causa o inter vivos.* Per volontà espressa in atti *mortis causa*, come la servitù lasciata in legato, *servitus legata.* Tutte le servitù possono con un atto di ultima volontà venire costituite, ma per lo più sono le *personali* quelle che per questa guisa si costituiscono. Ne parleremo trattando degli atti di ultima volontà. Per volontà espressa in atti *inter vivos,* ossia per *convenzione*, può acquistarsi una servitù, vale a dire per reciproco consenso del proprietario della cosa che vuole sottoporla alla servitù, e della persona che vuole acquistare quella servitù. È disputa fra gli interpreti del diritto Romano, se la sola convenzione basti a costituire una servitù, o se sia necessaria inoltre una quasi tradizione del diritto per parte di chi concede la servitù. Noi riteniamo che la convenzione basti, e ciò principalmente perchè:

a) Molti passi del testo che si riferiscono alla costituzione delle servitù, dicono espressamente che esse si costituiscono

que genere di prova, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi *pose o lasciò* le cose nello stato dal quale risulta la servitù (art. 632). Cessando i due fondi di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s'intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati (art. 633).

Il possesso utile per la *prescrizione*, nelle servitù *affermative* si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo serviente; il possesso nelle servitù *negative* comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo serviente, per contrastargli il libero uso del medesimo (art. 631).

Nelle servitù pel cui acquisto è necessario un titolo, non si può supplire alla sua mancanza che col mezzo di un documento, il quale contenga la ricognizione della servitù, e provenga dal proprietario del fondo serviente (art. 634).

Per l'articolo 1314, n° 2, debbono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, *sotto pena di nullità*, le convenzioni che costituiscono, o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto.

Lo stesso si dica degli atti di renunzia a questi diritti (cit. art. n° 3).

Gli atti fra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto; e gli atti di renunzia a tali diritti, debbono essere trascritti (art. 1932, n° 2 e 3).

pactionibus et stipulationibus, e non fanno menzione di tradizione. E vuolsi avvertire, che la parola *stipulatio* aggiunta a *pactio,* indica la stipulazione della penale, la quale (fu detto poco sopra) si soleva aggiungere alla convenzione (*Instit.*, § 4, *de servit.*, II, 3; § 1, *de usufr.*, II, 4; fr. 3 *pr.*, *Dig. de usufr.*, VII, 1).

b) Aggiungasi, che quando esisteva la distinzione fra fondi di suolo italico e di suolo provinciale, la semplice convenzione bastava per stabilire una servitù sui fondi provinciali: laonde sparita siffatta distinzione, è naturale che si adottasse qual modo di costituire le servitù, il più semplice, cioè quello che si praticava per i fondi provinciali, e che richiedeva la sola convenzione. Non sorprenda se la semplice convenzione dia origine, senza bisogno di tradizione, ad un *jus in re.* Dominio senza dubbio, non può essere acquistato coi nudi patti, imperocchè il dominio si considerasse come una cosa corporale: ma non così gli *jura in re aliena*, i quali si possono tutti acquistare per semplice convenzione, come vedremo parlando dell'enfiteusi, della superficie e dell'ipoteca.

c) Quei frammenti del testo, che vengono citati da coloro che pretendono necessaria una quasi tradizione per acquistare una servitù, non si riferiscono alla costituzione della medesima, sibbene all'acquisto del quasi possesso di lei (fr. 20, *Dig. de servit.*, VIII, 1), e specialmente all'esercizio dell'azione *Publiciana,* la quale suppone il possesso di buona fede del diritto reclamato (fr. 11, § 1 *Dig. de Public. in rem act,* VI, 2; fr. 1 *pr.*, *Dig. quib. mod. usufr. amitt.*, VII, 4; fr. 1, § 2, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3).

3° *Per aggiudicazione.* Nelle azioni divisorie, lice al giudice stabilire a favore di uno dei condividenti una servitù sulla cosa che aggiudica a un altro; per esempio nel dividere un'eredità può accordare ad uno dei condividenti la proprietà di una cosa, all'altro la servitù personale dell'usufrutto sulla cosa stessa (fr. 6, § 1, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 16, § 1, 2, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). Dovendosi dividere un fondo, è frequente il caso in cui è necessario accordare ad uno dei già comproprietari un diritto di passo sul terreno aggiudicato all'altro (fr. 7, § 1, *Dig. comm. divid.*, X, 3). Dopo la sentenza di divisione, non è più lecito al giudice stabilire delle servitù (fr. 22, § 3, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

4° *Per usucapione.* Sembra che in gius Antico fosse ammesso il principio, almeno quanto alle servitù dei *predi urbani,* che esse potessero essere acquistate per usucapione, forse dietro il riflesso che queste servitù quasi si possiedono col possesso della cosa istessa, potendo essere considerate come qualità corporali di lei. Ma una *lex Scribonia* dell'anno 760 di Roma, abolì questo modo di acquistare le servitù (fr. 4, § 29, *Dig de usurpat.,* XLI, 3). Relativamente ai fondi provinciali fu ammesso, che le servitù prediali potessero essere acquistate con la *longi temporis præscriptio;* vale a dire che l'uso di una servitù protratto durante 20 anni, se non facesse acquistare il diritto della servitù secondo le regole del diritto Civile, facesse ottenere almeno dal pretore la protezione dell'esercizio di lei (fr. 10 *pr., Dig. si serv. vind.,* VIII, 5; fr. 1, § 22, 23, *Dig. de aqua et aq. pluv. arc.,* XXXIX, 3; fr. 5, § 3, *Dig. de itin.,* XLIII, 19; *cost.* 1, 2, *Cod. de servit. et aqua,* III, 34). Laonde la *longi temporis præscriptio* fu un modo di acquistare le servitù prediali nelle provincie (nelle quali non era applicabile la *lex Scribonia*), come l'usucapione lo era stata nei fondi di suolo italico, prima della *lex Scribonia.* Allorchè Giustiniano fuse l'usucapione con la prescrizione, applicò la *longi temporis præscriptio* tanto alle servitù prediali quanto alle personali (*cost.* 12, *Cod. de longi temp. præscript.,* VII, 33). In gius Nuovo adunque, l'usucapione è un mezzo di acquistare le servitù; ma perchè si verifichi addimandasi:

I. Il *quasi possesso* della servitù, vale a dire è necessario avere esercitato la servitù con l'intenzione di esercitarla per noi, come un nostro diritto (fr. 1, § 6, fr. 7, *Dig. de itin. actuque priv.,* XLIII, 19; fr. 25, *Dig. quemad. serv. amitt.,* VIII, 6). Ma siffatto quasi possesso come si acquista? vediamolo:

A) Quanto alle *servitù personali* (come l'usufrutto e l'uso) il quasi possesso si acquista con gli stessi fatti coi quali si acquista il possesso vero e proprio, cioè con la tradizione della cosa, o con la immissione nel fondo che il proprietario fa della persona, che vuol divenire possessore. E questo perchè cotali servitù non possono essere esercitate, se non che da chi ha il possesso delle cose sulle quali cadono. Siffatto quasi possesso continua come il possesso vero e proprio, con la non interruzione della possibilità di esercitare gli atti del possesso. Cessa con la cessazione di quella possibilità; cessa ancora, col non

uso, protratto per tutto il tempo fissato dalla legge (SAVIGNY, *Trattato del possesso*, § 45).

B) Quanto alle *servitù prediali* bisogna distinguere quelle:

a) *quæ in patiendo consistunt*, cioè le *affermative*, da quelle

b) *quæ in non faciendo consistunt*, cioè le *negative:* vale a dire quelle nelle quali il proprietario della cosa sottoposta alla servitù deve soffrire (*in patiendo consistunt*) che altri faccia sulla cosa sua ciò che altrimenti avrebbe avuto diritto di impedirgli di fare; da quelle nelle quali il proprietario della cosa sottoposta alla servitù deve astenersi dal fare (*in non faciendo consistunt*) ciò che altrimenti avrebbe avuto diritto di fare.

a) E le *servitù affermative*, (quelle cioè che considerate di fronte al proprietario della cosa serviente, *in patiendo consistunt*) voglionsi suddistinguere:

α in quelle che danno a chi le gode un *jus faciendi*, e

β in quelle che danno a chi le gode un *jus habendi*.

α Il quasi possesso delle servitù *affermative* che danno a chi le gode un *jus faciendi* (come la servitù del passo ec.) si acquista esercitando almeno una volta il diritto in cui la servitù consiste (fr. 25, *Dig. quemadm. servit. amitt.*, VIII, 6; fr. 1, § 6 e 7; fr. 7, *Dig. de itinere actuque priv.*, XLIII, 19). Per esempio passando pel fondo altrui con l'intenzione riconoscibile di passarvi per esercitare quel diritto di passo. Questo quasi possesso si perde, se per qualche impedimento il quasi possessore non può più esercitare la servitù: se p. e. gli è chiuso il passo.

β Il quasi possesso delle servitù *affermative* che danno a chi le gode un *jus habendi* (come la *servitus tigni immittendi* ec.) si acquista ponendo in essere quello stato di cose a godere del quale la servitù dà diritto: immettendo p. e., il trave nel muro del vicino, appoggiando sulla sua parete o muraglia se la *servitus* è *oneris ferendi* (fr. 20 *pr.*, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2). E cotale quasi possesso si perde, se si scioglie l'unione delle cose, che abbiamo diritto di avere unite col fondo serviente: per esempio se il trave viene remosso dal muro del vicino, e non per bisogno di restauro.

b) Il quasi possesso delle servitù negative, (le quali pel proprietario della cosa serviente *in non facendo consistunt*) si acquista:

1° con l'impedire al proprietario della cosa che serve, di

fare quell'atto che per la servitù egli deve astenersi dal fare, e che tentò di fare, impedendoglielo o per violenza o per una giudiciale inibitoria: come p. e., se si impedisce al proprietario di un edifizio, di inalzarlo oltre una data altezza, ed egli obbedisce (fr. 15, *Dig. de oper. novi nunciat.*, XXXIX, 1; fr. 45, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2, fr. 6, *Dig. de serv. vind.*, VIII, 5);

2° si acquista pure il quasi possesso di queste servitù, *stipulando qualunque atto giuridico di indole tale, da trasmettere il diritto di servitù.* Infatti, quando il nostro vicino ci concede per contratto o per testamento, l'*jus altius non tollendi*, non è per caso se egli si astiene da inalzare il suo edifizio oltre l'altezza determinata: ma quella astensione è una conseguenza delle disposizioni del testamento, o del contratto: e perciò quel contratto e quel testamento, oltre che il diritto della servitù, ci danno anche il quasi possesso della medesima, senza che occorra a noi di fare proibizione al vicino di astenersi da inalzare il suo edifizio. Questo quasi possesso si perde, se il vicino termina l'atto contrario al quasi possesso. Se per esempio la casa del vicino è stata realmente alzata oltre quel limite, che noi pretendevamo non fosse superato. Ciò spiegato, ritorniamo al punto d'onde partimmo, vale a dire all'esame dei requisiti dell'usucapione, considerata come modo di acquistare le servitù. Abbiamo detto che il primo requisito ne è il quasi possesso della servitù; cioè chi ha esercitato la servitù, deve averlo fatto con l'intenzione di esercitarla per sè, come un suo diritto. Ora tal quasi possesso non deve essere clandestino, nè vizioso, nè precario, ma non è necessario che sia fondato sopra un giusto titolo (fr. 10 *pr., Dig. si servit. vind.*, VIII, 5; fr. 1, § 22, *Dig. de aqua et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3; *cost.* 1, *Cod. de servit.*, III, 34).

II. Requisito è la *buona fede del possessore*, cioè fa di mestieri che al principio del suo quasi possesso, credesse di avere il diritto di servitù (fr. 25, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6; *cost.* 12, *Cod. de præscript. longi temp.*, VII, 33).

III. Requisito è l'*esercizio continuo della servitù* per 10 anni fra presenti e 20 fra assenti (*cost.* 2, *Cod. de servit.*, III, 34; *cost.* 12, *Cod. præscript. longi temporis*, VII, 33). Siffatto esercizio potrebbe essere interrotto in più maniere. Nelle servitù negative, (*quæ in non facendo consistunt*) vi è interruzione se lo stato di

cose conforme alla servitù è alterato (fr. 6, *Dig. de serv. præd. urb.,* VIII, 2; fr. 6, § 1, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). Esempigrazia se la casa del vicino, sulla quale pretendevamo avere una *servitus altius non tollendi*, è stata inalzata ad un' altezza maggiore di quella che volevamo. Nelle servitù affermative (*quæ in patiendo consistunt*) affinchè vi sia interruzione, è necessario in generale un atto volontario del proprietario, sulla cosa del quale la servitù viene esercitata (fr. 6, fr. 20, *pr.*, *de serv. præd. urb.*, VIII, 2); esempigrazia è necessario, che il trave immesso nel suo muro, venga remosso, prima che sia scorso il tempo necessario ad acquistare la *servitus tigni immittendi.* In tutti i casi le proteste del proprietario e le sue opposizioni, interrompono l' usucapione della servitù (fr. 3 *pr.,* § 1, *Dig. de itinere*, XLIII, 19; fr. 4, § 27, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3; fr. 1, § 5, 7, *Dig. quod vi aut clam*, XLIII, 24; *cost.* 2, *Cod. de servit.*, III, 34; *cost.* 10, *Cod. de acquir. et retin. poss.,* VII, 32). In alcuni luoghi del testo, come fu accennato altra volta, si legge che chi ha esercitato una servitù di acquedotto durante un tempo immemorabile, deve essere mantenuto in quell' esercizio, disposizione che è un gius singolare nel testo, ma che ha servito di base alla teorica della prescrizione immemorabile. I commentatori ed i pratici, distinguendo fra servitù continue e discontinue, ritenevano che per l' acquisto delle continue bastasse il tempo dell' usucapione ordinaria, mentre per le discontinue si richiedesse la immemorabile. Ma queste regole della pratica sono affatto estranee al diritto Romano puro.

CAPITOLO V.

DELL' ESTINZIONE DELLE SERVITÙ.

§ 171. Le servitù si estinguono.

1° *Per rinunzia.* [1] La rinunzia estingue le servitù come ogni altro diritto; ma la rinunzia della servitù fa ritornare il diritto

[1] Il Codice non annovera la rinunzia fra le cause di estinzione delle servitù che enumera nella sezione IV del titolo III libro II, sezione che ha per rubrica. *In qual modo si estinguono le servitù* (art. 662 e seg.); nè negli art. 515 e 529. Ma della *rinunzia* delle servitù fa menzione, sebbene per incidenza, nei n° 3 dell' articolo 1314 e n° 3, art. 1932. D' altronde annoverando il *non uso* come causa di estinzione delle medesime, e questo *non uso* potendo essere l' effetto

di servitù al proprietario della cosa sottoposta alla medesima, in altri termini cagiona la liberazione della cosa (fr. 14, § 1, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 34 *pr.*, *Dig. de serv. præd. rustic.*, VIII, 3). In gius Antico la rinunzia doveva essere fatta con un atto solenne, cioè o con la *remancipatio*, o con la *cessio in jure*. In gius Nuovo non esigesi per farla alcuna formalità; può esser fatta anche tacitamente (fr. 64, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 8 *pr.*, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6). Ma se una servitù appartiene in comune a più persone, la rinunzia non ha effetto, se non quando è fatta da tutte. (MANYNZ, *op. cit.*, vol. I, § 221).

2° *Per confusione* o *consolidazione*. Si verifica *confusione* nelle servitù reali, quando i due fondi, dominante e serviente, cominciano ad appartenere allo stesso proprietario [1] (fr. 1, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VIII, 6). Se questi in progresso di tempo aliena uno dei due fondi, l' alienazione non fa rivivere la servitù, che era estinta per *confusione* (fr. 10, *Dig. communia prædiorum*, VIII, 4). Se il proprietario del fondo dominante acquista una parte del fondo serviente, o se viceversa il proprietario del fondo serviente acquista una parte del fondo dominante, la servitù continua sulla parte. In una parola le servitù non si estinguono allorchè la riunione dei due diritti, proprietà e servitù, si opera parzialmente (fr. 8, § 1, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 30, § 1, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 27, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3). La confusione assume il nome speciale di *consolidazione*, quando si riferisce alla servitù personale dell' usufrutto (*Instit.*, § 3, *de usufr.*, II, 4; fr. 3, § 2, *Dig. de usufr. accr.*, VII, 2). La confusione opera l'estinzione della servitù in conseguenza del principio, che niuno può avere una servitù sulla cosa propria, *res sua nemini servit* (*Instit.*, § 3, *de usufr.*, II, 4; fr. 30 *pr.*, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2; fr. 17, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4). La consolidazione dell' usufrutto si verifica, quando chi ha la nuda proprietà acquista anche l' usufrutto, o

di una *rinunzia tacita*, è evidente che venne ad ammettere anche la *rinunzia* fra i modi di estinzione delle servitù. Aggiungasi essere in tesi generale lecita la rinunzia ai propri diritti ancorchè il legislatore non la permetta espressamente. Tuttavolta se la rinunzia fosse fatta in frode dei creditori del rinunziante, essi potrebbero insorgere contro la medesima. Ciò si può argomentare dalll' art. 516, capoverso 2°.

[1] Ammette il Codice (alla pari del diritto Romano) che qualsivoglia servitù si estingue riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo servente (art. 664).

quando il fruttuario acquista la proprietà della *res fructuaria.* [1]

3° *Per estinzione del diritto di chi costituì la servitù*, essa cessa quando quel diritto era fino da primo revocabile nel costituente. Tale è la ragione per cui cessa la servitù costituita dall'enfiteuta o dal superficiario, all'estinguersi del diritto di enfiteusi o di superficie. [2]

4° Per *distruzione della cosa sottoposta alla servitù*, viene a cessare la servitù medesima. [3] Circa agli effetti della distruzione *parziale* della cosa, è necessario distinguere fra le servitù personali e le prediali o reali.

a) Le servitù personali si estinguono per un cambiamento qualunque della cosa, sia nella forma, sia nella specie; così p. e., l'usufrutto di una casa si estingue, se rovina, ed il fruttuario non ha alcun diritto sui materiali, e sull'area, che della medesima rimangono (fr. 5, § 2, *Dig. quib. mod. ususfr.*, VII, 4; *Instit.*, § 3, *de usufr.*, II, 4); l'usufrutto di *una quadriglia di cavalli* (non l'usufrutto di 4 cavalli) si estingue anche se uno solo dei 4 cavalli che compongono la quadriglia, perisce (fr. 10, § ult. e fr. 11, *Dig. quib. mod. ususfr.,* VII, 4). Queste servitù personali rivivono, se la cosa ritorna allo stato pristino *senza che l'industria dell'uomo abbia creato una cosa nuova;* p. e., l'usufruttuario di un'*area* ritorna a goderne l'usufrutto se l'edifizio che vi fu costruito rovina, o l'acqua che l'aveva inondata si ritira (fr. 36, *pr.*, fr. 71, *Dig. de usufr. et quemad.*, VII, 1; fr. 5, § ult., fr. 24, 26, *Dig. quib. mod. ususfr.*, VII, 4), ma rovinata una casa, o fuse delle tazze di bronzo, se la casa è rifabbricata di pianta, sebbene con gli stessi materiali, e le tazze sono rifatte con lo stesso metallo, non rivive l'usufrutto, perchè queste non sono più quelle medesime tazze, ne è quella la medesima casa, su cui fu costituito l'usufrutto (fr. 36, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 10, § 1, *quib. mod. usufr.*, VII, 4). [4]

[1] Concordano gli art. 515, 529.

[2] Concorda l'art. 665 « ivi »: Le servitù acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico, non cessano per lo scioglimento del matrimonio, nè per l'estinzione dell'enfiteusi: cessano però quelle che sullo stesso fondo fossero state imposte dalle suddette persone.

[3] Concorda l'art. 662.

[4] Discordano gli art. 519 e 520, in parte « ivi »: Se una sola parte della cosa soggetta all'usufrutto perisce, l'usufrutto si conserva sopra ciò che rimane (art. 519). Cessa soltanto col totale perimento della cosa (art. 515).

Se l'usufrutto è stabilito sopra un podere del quale faccia parte un edifizio,

b) Le servitù prediali invece non si estinguono per un *cambiamento* avvenuto nella superficie o nella destinazione degli immobili: si estinguono soltanto per una *trasformazione radicale* della sostanza degli immobili stessi. Le servitù prediali *quæ in solo consistunt,* si estinguono se il suolo sparisce, o diviene *pubblico,* per esempio per l'occupazione di un fiume; il terreno, divenuto alveo del fiume, è pubblico, attalchè si estingue qualunque servitù costituita sul medesimo; se il fiume si ritirasse dopo una inondazione temporaria, la servitù rivivrebbe (fr. 24, § 1, *Dig. quib. mod. ususfr.,* VII, 4; fr. 14, *Dig. quib. mod. servit. amitt.*, VIII, 6). Le servitù prediali, *quæ in superficie consistunt,* si estinguono tanto per la distruzione del fondo serviente, quanto per quella del dominante, ma possono rivivere; verbigrazia rovinato l'edifizio sul quale abbiamo la *servitus tigni immittendi,* o l'edifizio che gode della *servitus stillicidii immittendi,* queste servitù si estinguono, ma ricostruiti, che sieno siffatti edifizi, tali servitù rinascono (fr. 18, § 2, *Dig. quib. mod. servit. amitt.,* VIII, 6; fr. 20, § 2, *Dig. de servit. præd. urb.*, VIII, 2). Le servitù personali adunque, si estinguono più facilmente delle prediali, ed è naturale, perocchè quest'ultime avendo un destino perpetuo, debbono sopravvivere ad un cambiamento avvenuto nella superficie degli immobili, quando non sia tale da trasformarli radicalmente.

5º *Per cessazione delle qualità, che danno diritto ad una servitù.*

a) Le servitù personali, essendo inerenti ad un dato individuo, cessano con la sua morte naturale o civile (*Instit.*, § 3, *de usufr.,* II, 4 *pr.*, *de usu,* II, 5; fr. 3, § 3, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 37, *Dig. de serv. præd. rust.*, VIII, 3; *cost.* 3 *pr.*, *cost.* 12, 14, *Cod. de usufr.,* III, 33). L'abitazione, e le opere

e questo venga in qualsivoglia modo a perire, l'usufruttuario avrà diritto di godere dell'area e dei materiali. Lo stesso avrà luogo se l'usufrutto non è stabilito che sopra un edifizio. In tal caso però ove il proprietario intenda di costruire un altro edifizio, avrà il diritto di occupare l'area e valersi dei materiali, pagando all'usufruttuario, durante l'usufrutto, gli interessi del valore dell'area e dei materiali (art. 520).

Per le *servitù prediali* l'art. 663 prescrive « ivi » : Le servitù risorgono se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa far nuovamente uso, salvo che sia già trascorso uno spazio di tempo bastante ad estinguere le servitù. Sotto la stessa limitazione, ricostruendosi un muro od una casa, si conservano le preesistenti servitù.

degli schiavi e degli animali altrui, non cessano (l'abbiamo detto) per una *capitis diminutio* qualunque. In gius Nuovo la *minima capitis diminutio* non estingue più nessuna servitù personale (fr. 1, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; *Instit.*, § 1, *de usufr.*, II, 4; § 1, *de acquisit. per arrogat.*, III, 10; *cost.* 16, § 2, *Cod. de usufr.*, III, 33).[1] L'usufrutto costituito a favore di una persona giuridica, dura 100 anni, se questa non perisce prima (fr. 56, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 8, *Dig. de usu et usufr. per leg. dat.*, XXXIII, 2; fr. 21, *Dig. quemad. servit. amitt.*, VII, 4). L'usufrutto lasciato ad una persona ed ai suoi eredi, cessa con la morte di coloro che succedono immediatamente al primo fruttuario (fr. 5, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 38, § 12, *Dig. de verb. oblig.*, XLV, 1).

6° *Per prescrizione.* – Cessano le servitù se durante tutto il tempo richiesto per l'usucapione, il proprietario della cosa sottoposta a servitù, esercita il diritto di proprietà senza limitazione alcuna; egli allora mediante l'*usucapio libertatis* acquista la proprietà esclusiva ed illimitata della cosa sua. Ma si avverta che è l'*usucapio libertatis*, e non già il *non usus* della *servitus*, che la estingue. Tuttavolta in pratica è spesso difficile distinguere, come abbiamo ora distinto in teorica, il *possesso della libertà* dal *non uso della servitù*, perchè esternamente non si manifestano in modo diverso. E questa distinzione riesce in special modo ardua in quelle servitù, le quali consistono in un diritto di fare (*jus faciendi*), per chi le gode, quali sono le servitù rustiche: p. e., la

[1] Pel Codice nostro l'usufrutto costituito a favore di comuni o di altri corpi morali per atto tra vivi o di ultima volontà, non può eccedere la durata di 30 anni (art. 518). L'usufrutto conceduto sino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età, dura sino a tal tempo, ancorchè quella persona sia morta prima dell'età stabilita (art. 517).

I diritti di uso e di abitazione pel Codice nostro si perdono nella stessa maniera che l'usufrutto (art. 529).

Il Codice ammette che l'usufrutto, e le altre due servitù personali (uso ed abitazione) si estinguano per *l'abuso* che faccia del suo diritto chi le gode, o alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in deperimento per mancanza di quelle ordinarie riparazioni, che gli facevano carico. L'autorità giudiziaria peraltro, può, secondo le circostanze, ordinare che quegli che gode della servitù personale e ne abusa, dia cauzione, qualora ne fosse esente; o che i beni sieno affittati, o posti sotto amministrazione a spese di lui, o dati anche in possesso del proprietario, con obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario od agli aventi causa da lui, una somma determinata, durante l'usufrutto, l'uso o l'abitazione (art. 516). I creditori di chi gode della servitù personale, e ne abusa, possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni, e dare cauzioni per l'avvenire (art. 516).

servitù del passo. Infatti, appena cessa l'atto positivo necessario all'esercizio della servitù, (nell'esempio nostro il passare), la cosa serviente si trova in uno stato di libertà, senza che il proprietario di quella abbia bisogno di fare alcun atto, che addimostri prendere egli possesso della libertà. Quindi è che prevalse in pratica l'abitudine di non esigere per queste servitù l'*usucapio libertatis,* e fu costume di dire che si estinguono pel *non usus.* Le servitù personali rassomigliano alle servitù rustiche per tale rispetto, onde anche riguardo ad esse non fu richiesta l'*usucapio libertatis,* e di esse pure fu detto, che pel non uso si estinguono. Ma per le servitù urbane non militando le stesse ragioni, almeno nel grado medesimo, fu richiesta l'*usucapio libertatis* (fr. 6 *pr.*, *Dig. de serv. præd. urb.*, VIII, 2). - Giustiniano sanzionò questo stato di cose stabilito dalla pratica, se non che abolì gli antichi periodi di tempo dell'*usucapio,* vale a dire i 2 anni, e sostituì i periodi della *longi temporis præscriptio,* ossia i 10 ed i 20 anni (*cost.* 13, *Cod. de servit.*, III, 34).[1]

[1] Le servitù pel Codice nostro si estinguono col *non usarne* per lo spazio di 30 anni; ciò è vero tanto per le servitù personali (usufrutto, uso, abitazione art. 515 e 529) quanto per le servitù prediali (art. 666).

Relativamente all'estinzione delle servitù prediali pel *non uso,* il Codice contiene varie dichiarazioni che è prezzo dell'opera qui riportare.

Il trentennio se si tratta di *servitù discontinua*, comincia a decorrere dal giorno in cui si è *cessato* di *usarne*, e se si tratta di *servitù continua* dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù (art. 667).

Il *modo* della servitù (ossia la maniera con cui la servitù si esercita) si prescrive nella stessa guisa che la servitù medesima (art. 668).

La sussistenza di vestigia di opere colle quali si praticava una presa d'acqua, non impedisce la prescrizione: per impedirla si richiedono l'esistenza e la conservazione in stato di servizio, dell'edifizio stesso della presa, ovvero del canale derivatore (art. 669).

L'esercizio di una servitù in tempo diverso da quello determinato dalla convenzione o dal possesso, non impedisce la prescrizione (art. 670).

Se il fondo dominante appartiene a più persone in comune, l'uso della servitù fatto da alcuna di esse impedisce la prescrizione riguardo a tutte (art. 671).

La sospensione o interruzione della prescrizione a vantaggio di uno dei comproprietari profitta anche agli altri (art. 672).

Il Codice nostro non ricorda il nome delle azioni *confessoria* e *negatoria*, relative alle servitù, per la ragione stessa già da noi accennata nel parlare delle azioni a difesa del dominio, cioè che nella odierna procedura l'attore non ha l'obbligo di indicare il nome dell'azione che vuol proporre; ma è indubitabile che il Codice implicitamente ammette una azione intesa a far valere e difendere le servitù (*actio confessoria*) ed un'azione intesa a difendere la proprietà, contro la lesione arrecatale con l'arrogarsi che altri faccia di un diritto di servitù su quella proprietà (*actio negatoria*). Nel trattare del possesso secondo il sistema del Codice abbiamo veduto a difesa di quali servitù le azioni possessorie possano sperimentarsi (Vedi le note al § 25 e al § 31, vol. I, lib. II.

CAPITOLO VI.

AZIONI CHE NASCONO DALLE SERVITÙ.

§ 172. Tali sono:

1° *L'actio confessoria.*

Con questo nome si appella l'azione che serve a far valere e difendere una servitù, nome che deriva dall'intendimento dell'attore, di obbligare cioè il reo convenuto a riconoscere e confessare l'esistenza della servitù. – Per intentare quest'azione è necessario:

1° Che l'attore abbia il diritto di servitù da lui reclamato.

2° Che questo diritto sia stato leso. – Fa di mestiere adunque che l'attore cominci da provare l'esistenza del suo diritto; nè ciò gli riesce malagevole nelle servitù personali; non così nelle reali: imperocchè le servitù prediali essendo inerenti alla qualità di proprietario di un dato fondo dominante, prima di provare di avere il diritto di servitù, l'attore deve provare che è proprietario del fondo dominante (fr. 2, § 1; fr. 6, § 3, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 16, *Dig. de except.*, XLIV, 1). Per autorizzare l'esperimento dell'azione confessoria, non addimandasi che la lesione del diritto di servitù sia tale da renderne fisicamente impossibile l'esercizio; ancora la semplice contestazione del diritto istesso è sufficiente (fr. 9, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5). L'azione confessoria si dirige contro chiunque ci impedisce l'esercizio del nostro diritto di servitù, o ci fa sorgere il timore fondato, di una turbativa in quell'esercizio (fr. 4, § 3, 5; fr. 6, § 3, 4; fr. 9; fr. 10, § 1, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 5, § 1, *Dig. si ususfr. pet.*, VII, 6). Lo scopo remoto di quest'azione è di fare cessare le turbative, che il reo convenuto arreca all'esercizio del nostro diritto di servitù; lo scopo prossimo è la recognizione del diritto medesimo. – Accessoriamente tende a farci indennizzare dei danni sofferti per le turbative, ed in caso di bisogno a farci ottenere una cauzione, *de non amplius turbando* (fr. 4, § 2; fr. 6, § 6; fr. 7, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 2; fr. 5, § 3, 6, *Dig. si ususfr. pet.*, VII, 6; *cost.* 5, *Cod. de servit.*, III, 34; fr. 7, *Dig. de aq. quotid.*, XLIII, 20).

2° *L'actio negatoria.*

§ 173. Quando trattammo delle azioni, che servono a far valere e difendere il dominio, dicemmo come l'*actio negatoria* può essere intentata ogniqualvolta qualcheduno lede il nostro diritto di proprietà, ma non in modo tanto lato da permetterci l'esperimento della *rei vindicatio*. L'azione *negatoria* ha specialmente luogo, quando alcuno si arroga un diritto di servitù sulla nostra proprietà. L'azione *negatoria,* che tende in materia di servitù a far dichiarare la libertà di una cosa, spetta al proprietario che la pretende libera, e può essere diretta contro chiunque si arroga un diritto di servitù sulla nostra proprietà (fr. 2 *pr.*, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5; *Instit.*, § 2, *de act.*, IV, 6). L'attore, cioè chi intenta l'azione negatoria, deve provare l'esistenza del suo diritto di proprietà. Quando egli ha fornito questa prova, ha disimpegnato tutte le sue incumbenze in causa; egli non è obbligato a provare la non esistenza della servitù; sta al reo convenuto a provare il diritto di servitù, che egli vanta; ciò deriva dal principio, che la proprietà ha da essere presunta libera, e chi ne asserisce la limitazione deve provarla. L'*actio negatoria,* sebbene spetti al proprietario, viene conceduta *utiliter,* vale a dire per analogìa, ancora al creditore ipotecario, all'enfiteuta, ed al superficiario (fr. 5 *pr., Dig. si usufr. pet.*, VII, 6; fr. 2 *pr.*; fr. 4, § 7, *Dig. si serv. vind.*, VIII, 5).

3° *Publiciana in rem actio.*

§ 174. Le nostre leggi accordano la *Publiciana* tanto a chi sostiene la servitù, quanto a chi sostiene la libertà della proprietà. - Chi sostiene la servitù valendosi della *Publiciana,* non è obbligato a provare che il diritto di servitù gli appartiene; basta che provi che ha acquistato il quasi possesso della servitù per tradizione, o perchè il proprietario ha sofferto l'esercizio della servitù. Chi sostiene la libertà della proprietà, valendosi della *Publiciana,* non è obbligato a provare che è proprietario della cosa; basta che provi di avere acquistato il possesso per giusto titolo e per tradizione (fr. 11, § 1, *Dig. de Public.*, VI, 2; fr. 1, § 2, *Dig. de servit. præd. rust.*, VIII, 3; fr. 4, § 7, *Dig. si serv. vindic.*,

VIII, 5; fr. 18, *Dig de pignor. et hypoth.*, XX, 1). Le azioni delle quali abbiamo fin qui trattato, sono azioni *petitorie,* cioè tendenti a tutelare il diritto della servitù: trattiamo ora delle *possessorie,* cioè di quelle tendenti a tutelare il quasi possesso delle servitù medesime.

§ 175. Allorchè trattammo del possesso in generale, fu per noi detto che l'idea del possesso venne estesa alle servitù sotto il titolo di *quasi possessio* o *juris possessio*. In conseguenza di quest'estensione, furono applicati gli interdetti possessorii ai casi nei quali viene esercitata una servitù da taluno, astrazione fatta dalla considerazione se ha, o no diritto di esercitarla. - Gli interdetti possessorii furono applicati nel modo più esteso possibile specialmente alle *servitù personali* perchè queste non possono essere esercitate, (e principalmente l'usufrutto), se non che da colui il quale ha la detenzione della cosa sulla quale quelle servitù gravitano. Quindi è che il *quasi possesso* della servitù dell'usufrutto, si manifesta nel modo stesso del possesso vero e proprio. – E però il pretore dava *utiliter* gli interdetti *uti possidetis* e *unde vi* per proteggere il quasi possesso della servitù dell'usufrutto. Ed in gius Nuovo gli interdetti *retinendæ et recuperandæ possessionis* sono stati accordati indistintamente per proteggere tutte le servitù personali (*Vatic. fragm.*, 90, 91; fr. 4, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 3, § 13, 14, 16; fr. 9, § 1, *Dig. de vi,* XLIII, 16; fr. 2 *pr.*, § 8, *Dig. de precario,* XLIII, 26; fr. 27, *in f.*, *Dig. de donat.*, XXXIX, 5). Lo stesso motivo milita per le servitù reali *affermative,* che danno a chi le gode un *jus habendi,* cioè per quelle l'esercizio delle quali consiste nell'avere il godimento di un certo stato di cose. Infatti l'esercizio di queste servitù non può essere turbato se non se da un atto che turbi insieme il possesso del fondo dominante; perocchè il quasi possesso della servitù è inerente al possesso del fondo. - Quando la trave è realmente immessa, o la terrazza sporge effettivamente sull'area del vicino, l'esercizio della servitù è inseparabile dal possesso del fondo, e quell'esercizio della servitù o quasi possesso della medesima non può essere turbato, senza che sia turbato il possesso del fondo. Di quì deriva che gli interdetti ordinari *retinendæ possessionis,* servono a proteggere eziandio il possesso di queste servitù. Gli interdetti *recuperandæ possessionis* non possono essere mai impiegati, perchè la turbativa più grave che recar si possa a tali servitù, non

potrebbe aver per effetto di farci perdere il possesso del fondo. Quanto alle servitù *affermative*, le quali danno a chi le gode un *jus faciendi* (come l'*iter*, l'*actus*, la *via*), gli interdetti ordinari non sono applicabili, ma esistono per queste alcuni interdetti particolari. L'esercizio di tali servitù consistendo in atti intermittenti, gli interdetti ordinari non sono loro applicabili; era necessario limitare ad uno spazio più breve il tempo di esercizio delle medesime, sufficiente a fare accordare loro una protezione possessoria (vedi su questa materia, MAYNZ, § 223, loc. cit.).

§ 176. Gli interdetti speciali per queste servitù sono:

1° L'interdetto *de itinere, actuque privato* (*Dig. Tit. de itinere actuque privato*, XLIII, 19), accordato a chi ha esercitato in modo non vizioso almeno durante 30 giorni dell'anno, che ha preceduto la turbativa, la servitù del passo. È lecito eziandio servirsi di un interdetto, onde fare le riparazioni necessarie per l'esercizio del diritto di passo, cioè dell'interdetto: *de itinere actuque reficiendo* (fr. 3, § 11, 13, 14; fr. 5, § 4, *Dig. de itinere actuque privato*, XLIII, 19).

2° Gli interdetti: *De aqua quotidiana et aqua æstiva*. Questi interdetti suppongono che si sia acquistato in buona fede e con giusto titolo l'uso di valersi dell'acqua altrui, o tutto l'anno o nell'estate (*Dig. Tit. de aqua quotid. et æstiva,* XLIII, 20).

3° L'interdetto *de rivis reficiendis*, onde potere riparare e restaurare i condotti dell'acqua (*Dig. Tit. de rivis,* XLIII, 21).

4° Gli interdetti *de fonte*, per difendere l'esercizio del diritto di attingere all'altrui fonte, *et de fonte reficiendo* per potere restaurare il fonte (*Dig. Tit. de fonte,* XLIII, 22).

5° L'interdetto *de cloacis*, onde potere ripulire la claoca (*Dig. de cloacis,* XLIII, 23). Le servitù negative sono protette solamente dall'interdetto *uti possidetis* (fr. 8, § 5, *Dig. si serv. vind.,* VIII, 5; vedi SAVIGNY, *Trattato del possesso,* § 45, 46).

PARTE IV.

Dell' enfiteusi.

—

CAPITOLO I.

NOZIONE E NOTIZIE ISTORICHE.

(*Dig.*, lib. VI, tit. 3; *si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*; *Cod.*, lib. IV, tit. 66; *de jure emphyteutico.*)

§ 177. L' enfiteusi voce greca, che secondo il Cujacio (*Parat. in* lib. IV; *Cod. Just.*, tit. 66.), significa non già *piantagione*, come alcuni dissero, ma *innesto*, è: un *diritto sopra una cosa immobile altrui*, *in forza del quale è lecito di fruirne ed usarne nel modo più ampio possibile*, *purchè senza deteriorarla, a condizione di pagare un annuo canone al proprietario.* Recente è questa istituzione nel diritto Romano, dacchè apparisca nel secondo secolo dell' èra cristiana; ma essa fu preceduta da altre istituzioni, che hanno con la medesima una qualche analogìa. Tali furono:

a) La *possessio* dell' *ager publicus.* I possessori di quelle porzioni dell' *ager publicus*, che col permesso dello Stato avevano occupato, ne godevano nel modo più ampio possibile, e le trasmettevano ai loro successori. - La loro *possessio* su quelle era revocabile, onde comunque prossima al dominio, dominio non era e non si chiamava dominio; era protetta dagli interdetti: anzi questi probabilmente furono introdotti per tutelarla.

b) Un' altra istituzione nella quale occorre analogìa maggiore con l' enfiteusi, è l' affitto dell' *ager vectigalis.* - Le città, i municipi, i collegi di sacerdoti, e delle vestali, ed altre corporazioni padrone di immensi territori, solevano affittarli (Gajo, III, 145; fr. 1, *Dig. si ager vectig.*, VI, 3). Gli affitti conclusi da siffatte corporazioni erano a lungo tempo od in perpetuo, perocchè questi enti indifettibili avevano interesse a tenere fittaioli, che per la sicurezza di stare lungamente o sempre sui fondi loro affittati, li dissodassero, li coltivassero e li mantenessero in buon grado; tanto più che questa maniera di proprietari non poteva

avere una molto solerte sorveglianza sia per l'estensione, sia pel numero dei terreni locati, non che per la lontananza dei medesimi dal luogo di loro residenza. Le formalità, le cure, i pensieri che esigono i mutamenti frequenti di fittaioli, dovevano essere studiosamente evitati dalle prefate corporazioni, ed in questo intendimento esse concludevano affitti per la durata di 100 anni, e poi anche *in perpetuo,* vale a dire finchè i fittaioli avessero pagato la convenuta retribuzione annua (GAJO, III, 145,). Le terre in cotal guisa affittate, chiamavansi *agri vectigales,* dal nome della retribuzione, *vectigal,* che i fittaiuoli pagavano al proprietario delle medesime. - Allorquando l'affitto è concluso a lungo tempo od in perpetuo, è interesse eziandio del proprietario, che il fittaiolo non sia molestato nella sua detenzione del fondo, e che ne abbia un godimento pacifico e sicuro. Per questi riflessi il pretore concesse agli affittuari degli *agri vectigales*, un interdetto in difesa contro qualunque ingiusta aggressione (fr. 1, § 1, *Dig. de loco publico fruendo*, XLIII, 9). La perpetuità dell' affitto fece in seguito di tempo riconoscere a loro vantaggio un *jus in agro vectigali,* un *jus prædii*, un diritto reale insomma, ben diverso dal diritto emergente da un rapporto obbligatorio, che hanno i conduttori ordinari verso la persona del locatore. - Per far valere questo *jus in re aliena,* il pretore diede a tali fittaioli a lunghissimo tempo od in perpetuo, una *utilis in rem actio* contro qualunque possessore, e perfino contro il proprietario dell' *ager vectigalis* (fr. 1, e 2, *Dig. si ager vectigalis*, VI, 3). Fu riconosciuto in essi il possesso giuridico del fondo (fr. 15, § 1, *Dig. qui satisd. cog.*, II, 8), e per conseguenza la facoltà di far propri i frutti del medesimo per semplice separazione (fr. 25, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1,). Fu ammesso che potessero alienare il loro diritto, ipotecarlo (fr. 16, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7), e disporne per testamento; quel diritto fu considerato come parte della loro eredità (fr. 1, *Dig. si ager. vectig.,* VI, 3), e però potè dar luogo, alla pari di ogni altra cosa ereditaria, all'*actio familiæ erciscundæ* fra i coeredi (fr. 9 e 10, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2). In conseguenza di tutti questi poteri contenuti nell'*jus in agro vectigali,* si dubitava se il contratto che gli dava origine, non fosse più presto che una locazione, una vendita (GAJO, III, 145; fr. 1, *Dig. si ager. vectig.*, VI, 3; fr. 71, § 6, *Dig. de legatis,* I, 30); ma ad escludere che fosse vendita si osservava, che il godimento

dell'*ager vectigalis* era subordinato al pagamento di un annuo canone (fr. 1, *Dig. si ager vectigalis*, VI, 3).

c) Nel quarto periodo finalmente trovasi l'istituzione, che ha per obietto l'*ager emphyteuticarius*. Gli imperatori si erano impadroniti di una gran parte delle terre, che nelle provincie componevano l'*ager publicus*, terre per la massima parte incolte ed abbandonate, che andavano sotto il nome di *fundi patrimoniales*, perchè divenute parte del patrimonio degli imperatori (*Cod. de fund. patrim.*, XI, 61); per ritrarre una rendita da questi fondi, gli imperatori cominciarono a darli ai privati in *enfiteusi*, cioè a darli perchè fossero dissodati, coltivati, concedendo a chi li prendeva il diritto di goderne in perpetuo nel modo più ampio possibile, di trasmettere questo diritto agli eredi, e di alienarlo, purchè fosse pagata un'annua corresponsione chiamata *canon* o *pensio*. Le Chiese, e poi i privati, imitarono queste concessioni imperiali, (*cost.* 1, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61; *Nov.* 7, *cap.* 3; *Nov.* 120), e così a lato agli agri vettigali, si conobbero degli agri enfiteuticari. Giustiniano considerando che sugli uni e sugli altri venivano accordati gli stessi diritti, fuse insieme queste due istituzioni, e nelle sue compilazioni le espressioni *ager vectigalis*, ed *ager emphyteuticarius* suonano assolutamente lo stesso (*Dig. si ager vectigalis*, ID EST, *emphyteuticarius petatur*, VI, 3).

§ 178. Abbiamo definito l'enfiteusi come un diritto sopra una cosa *immobile altrui*, in forza del quale è lecito fruirne e servirsene nel modo più ampio possibile, purchè senza deteriorarla, ed a condizione di pagare un annuo canone al proprietario. Or bene il concedente questo diritto, dicesi *dominus* o *dominus emphyteuseos*, il concessionario *emphyteuta* ed anche *emphyteuticarius;* l'obietto del diritto stesso, *ager emphyteuticarius* o *vectigalis*. L'enfiteusi era costituita da primo sui fondi rustici soltanto, poi fu estesa ancora agli urbani (*cost.* 5, *Cod. Theod. de locat. jur. emphyt.*, X, 3; *Nov.* 7, *cap.* 3, § 1, 2, *Nov.* 120, *cap.* 1, § 2).[1]

[1] Il Codice nostro tratta dell'Enfiteusi come d'un contratto consensuale; confonde nel nome il contratto enfiteuticario col diritto reale di enfiteusi che ne può derivare. Noi qui indicheremo le disposizioni del Codice relative al diritto reale di enfiteusi, rimandando quelle concernenti più specialmente il contratto enfiteuticario, alla nota che faremo su tal contratto. Ricordiamo frat-

CAPITOLO II.

DIRITTI ED OBBLIGHI DELL' ENFITEUTA.

§ 179. A) *Diritti.* L'enfiteuta ha quasi tutti i diritti di un proprietario. Ed infatti:

1° Egli può godere di tutti i frutti del fondo, può fare su

tanto che l'articolo 415 considera i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti all'enfiteusi come *immobili*. Per l'articolo 1967, n° 3, tali diritti sono suscettivi di venire ipotecati. Sui diritti del concedente poteva il Codice risparmiarsi queste dichiarazioni, perchè il concedente è il *proprietario*, e la sua proprietà, comunque limitata, è certo ipotecabile.

Pel Codice nostro facoltà dell'enfiteuta sono di:

1° Fare suoi tutti i prodotti del fondo e delle accessioni; circa alle miniere ha gli stessi diritti del proprietario; ed il Codice (in ciò discorde dal diritto Romano) gli concede ancora la proprietà del tesoro che si scuopra nel fondo enfiteutico (art. 1561).

2° Disporre tanto del fondo enfiteutico (si noti che il Codice parla inesattamente di disposizione del *fondo*, anzichè del *diritto di enfiteusi*) quanto delle sue accessioni, sia per atti tra vivi, sia per atti di ultima volontà (art. 1562). Se non che, a differenza dal diritto Romano, che accordava la *quinquagesima pars pretii vel æstimationis*, pel Codice nostro non è dovuta nessuna prestazione al concedente per la trasmissione del fondo enfiteutico in qualunque modo avvenga (art. 1562).

3° Redimere il fondo enfiteutico, mediante il pagamento di un capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, od al valore dello stesso canone se è in derrate, sulla base del prezzo medio di queste negli ultimi dieci anni (art. 1564). Siffatto diritto di *redenzione* o *affrancazione* (che la legislazione romana non accordava all'enfiteuta) non può essere per patto rinunziato (art. 1557). Le parti possono tuttavia convenire il pagamento di un capitale inferiore a quello sopraccennato. Ove si tratti di enfiteusi concessa a tempo determinato e non eccedente i 30 anni, possono anche convenire il pagamento di un capitale superiore, che non può per altro eccedere il *quarto* di quello sopra stabilito (art. 1564).

4° Nel caso di devoluzione, l'enfiteuta ha diritto al compenso pei miglioramenti da esso fatti al fondo enfiteutico (art. 1566) disposizione questa, ignota al diritto Romano. Inoltre il Codice riconosce nell'enfiteuta un diritto reale su questi miglioramenti (argom. dall'art. 1567 e 415).

5° Come possessore legittimo del suo diritto l'enfiteuta ha diritto alla *reintegrazione* e *manutenzione*: nel diritto Romano invece aveva il possesso giuridico derivativo della cosa enfiteutica.

Obblighi dell'enfiteuta sono:

1° Pagare le imposte prediali; ancora tutti gli altri pesi che gravano il fondo sono a carico dell'enfiteuta (art. 1558).

2° Migliorare il fondo e non deteriorarlo (art. 1556 e 1565, n° 2).

3° Pagare l'annua determinata prestazione, in danari o in derrate (art, 1556, 1565, n° 1). Non può l'enfiteuta (come nel diritto Romano) pretendere remissione o riduzione del canone per qualunque insolita sterilità o perdita di frutti (art. 1559). In conformità del diritto Romano, pel Codice nostro l'enfiteuta è liberato dal peso dell'annua prestazione, se il fondo enfiteutico perisce intieramente. Se il fondo non è distrutto che in parte, non può pretendere l'enfiteuta alcuna diminuzione del canone, ove la rendita della parte che resta sia sufficiente per pagarlo intieramente. In questo caso però, e semprechè ne sia perita una parte, il Codice nostro accorda all'enfiteuta di *rinunziare* al suo diritto

quello tutti quei cambiamenti che reputa necessari ed utili, purchè non lo deteriori (*Nov.* 7, *cap.* 3, § 2; *Nov.* 120, *cap.* 8). Sulle accessioni del fondo ha un diritto non di proprietà, ma di enfiteusi, quando sieno discernibili e distinte (*argom.*, fr. 10, § 1; fr 32; fr. 75, *Dig. de jure dotium,* XXIII, 3). Sul tesoro non ha nessun diritto come enfiteuta, perchè non è un frutto; ma può acquistarne la metà come inventore (*argom. dal* § 39, *Instit. de rer. divis.*, II, 1; fr. 7, § 12, *Dig. sol. matrim.*, XXIV, 3).

retrocedendo il fondo al concedente (art. 1560); disposizioni queste ignote al diritto Romano.

4° Ogni 29 anni, il concedente può chiedere e l'enfiteuta deve fare, la *recognizione del diritto del concedente.* Anzi non lice per patto contradire a questo diritto e respettivo obbligo delle parti (art. 1557). Per l'atto di *recognizione* non è dovuta alcuna prestazione; e le spese di essa sono a carico del possessore del fondo (art. 1563). Questa recognizione, che ricorda l'antica *rinnovazione feudale,* (De Luca, *Dottor volgare. Dell'enfiteusi,* cap. V), era ignota al puro diritto Romano. Giova per altro, per impedire la prescrizione.

Il Codice nostro non impone all'enfiteuta, che vuol disporre del suo diritto, nessuna notificazione al concedente, nè dà a questo nessuna *prelazione* nell'acquisto; nè alcuno emolumento in caso di alienazione del suo diritto che facesse l'enfiteuta.

Inoltre proibisce la subenfiteusi (art. 1562, capoverso 2°).

Il Codice stesso non ammette esplicitamente altro modo di costituzione dell'enfiteusi, ossia del diritto reale di enfiteusi, oltre il contratto enfiteuticario; dacchè è soltanto a proposito del contratto enfiteuticario che tratta del diritto reale che ne può derivare; ma noi non vediamo perchè per atto di ultima volontà, o per donazione non potesse venire costituito; ed anche per prescrizione acquisitiva, perocchè l'enfiteuta sia pel nostro Codice possessore del suo diritto.

Ai termini del Codice l'enfiteusi cessa:

1° Per distruzione totale del fondo (art. 1560).

2° Per renunzia dell'enfiteuta, quando sia perita una parte notabile del fondo, e la rendita della parte restante non basti a pagare intieramente il canone (art. 1560, capoverso).

3° Per redenzione o affrancazione del fondo operata dall'enfiteuta (art. 1564) a fare la quale non può mai per patto renunziare (art. 1557).

4° Per *devoluzione.* La devoluzione pel Codice nostro può avvenire per colpa dell'enfiteuta, o senza sua colpa.

A) *Senza sua colpa* come *a*) pel trascorso del tempo assegnato alla durata dell'enfiteusi (art. 1556, 1566, capoverso 2°), *b*) e noi crediamo ancora per *confusione,* e per la *consolidazione* di questo diritto col dominio, nonchè per la *cessazione del diritto* del concedente.

B) *Per colpa dell'enfiteuta.* Il concedente può chiedere la *devoluzione* del fondo enfiteutico (qualora l'enfiteuta non preferisca di redimerlo:

a) se dopo una legittima interpellazione, l'enfiteuta non ha pagato il canone *per due anni* consecutivi;

b) se l'enfiteuta deteriora il fondo, o non adempie la condizione di migliorarlo (art. 1565).

I creditori dell'enfiteuta possono per altro intervenire nel giudizio di devoluzione per colpa dell'enfiteuta (ossia di *caducità*), e ciò con lo scopo di conservare le loro ragioni; ed a quest'uopo possono offrire il risarcimento dei danni e dare cauzioni per l'avvenire, oppure valersi del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta (art. 1565, capoverso).

Nel caso di *devoluzione,* le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti. Nel caso di *affrancazione* le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (art. 1567).

2° Può alienare il suo diritto; può trasmetterlo per atti di ultima volontà, può locarlo, oppignorarlo, e può sottoporre la cosa enfiteutica a servitù (Gajo, III, 145; *Instit.*, § 3, *de locat. et conduct.*, III, 24; fr. 1 *pr.*, *Dig. si ager vectig.*, VI, 3; fr. 71, § 6, *Dig. de legatis*, I, 30; fr. 16, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7, *cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66; *cost.* 1, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61; *Nov.* 7, *cap.* 3; *Nov.* 120, *cap.* 6, § 1).

3° L' enfiteuta può valersi degli interdetti possessorii (fr. 15, § 1, *Dig. qui satisd. cog.*, II, 8; fr. 25, § 1, *Dig. de usuris,* XXII, 1), sebbene egli non abbia l'*animus domini,* perocchè il suo sia un possesso *derivativo* (vedi sopra, § 31, n° 2, pag. 420). Oltre agli argomenti di ragione comune, che giustificano la concessione degli interdetti all'enfiteuta, si può addurre ancora una ragione istorica di quella concessione. Si può cioè osservare, che gli *agri vectigales* erano regolati da principii analoghi a quelli che regolavano l' *ager publicus,* talchè come ai possessori di quest' ultimo furono dati gli interdetti, così furono dati ai possessori di quei primi; e che quando poi fu parificato l' *ager emphyteuticarius* all' *ager vectigalis,* lo fu anche per riguardo alla difesa che si compie mediante gli interdetti possessorii.

§ 180. B) *Obblighi.* L' enfiteuta è obbligato:

1° a pagare le imposizioni prediali, che gravitano sul fondo per la ragione che egli ne ritrae presso che tutta l'utilità (*cost.* 2, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66).

2° a coltivare o mantenere il fondo con la diligenza propria di un diligente padre di famiglia, ed a restituirlo al termine dell' enfiteusi; ed è responsabile di qualunque deterioramento verificatosi nel medesimo per sua colpa (*Nov.* 7, cap. 3, § 2).

3° a pagare esattamente l' annua corresponsione (*pensio, redditus, canon*), mercè la quale esercita il suo diritto (fr. 1 *pr.*, fr. 2, *Dig. si ager vectig.*, VI, 3; *Instit.*, § 3, *de locat. et conduct.,* III, 24; *cost.* 2, 3, *Cod. de jure emphyt.,* IV, 66.). Siffatto canone può essere fissato ancora *in natura*, ossia in una quantità di frutti naturali del fondo (*argom. cost.* 21; *Cod. de locato,* IV, 65). L' enfiteuta non può esigere una diminuzione di canone per cattive raccolte, e neppure pel deperimento di una parte del fondo; ma se il fondo tutto perisce, il diritto di enfiteusi si estingue, ed insieme con esso l' obbligo di pagare il canone. - Ciò è espressamente stabilito nella costituzione di Zenone (1, *Cod. de*

jure emphyt., IV, 66), che diede all' istituzione in esame caratteri bene distinti, e sulla quale dovremo ritornare trattando del *contratto enfiteuticario,* col quale si può costituire l'***jus in re*** di enfiteusi.

4° L'enfiteuta, che vuole alienare il suo diritto di enfiteusi, deve ottenere il consenso del proprietario della cosa enfiteutica. Questi ha la facoltà giuridica di essere preferito nella compra di cotal diritto, a chiunque altro; e perciò l'enfiteuta deve notificargli la sua volontà di vendere, ed egli può usare del suo diritto *di prelazione* (*jus prælationis*), nella compra durante *due mesi* (*cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.,* IV, 66). - Se decorso questo tempo, il proprietario non si è risoluto a comprare, nè ad approvare l' alienazione voluta dall' enfiteuta, questi può consumarla senza il consenso del proprietario.

5° Alienando il suo diritto, l'enfiteuta è obbligato a pagare al proprietario una somma uguale alla ***cinquantesima parte del prezzo*** o ***della stima*** del diritto che aliena, *quinquagesima pars prætii vel æstimationis* (*cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66), cinquantesima che fu chiamata *laudemium,* con voce barbara derivante da *laudare* approvare, perocchè si paghi appunto in correspettività dell' approvazione, che il proprietario dà all' alienazione del diritto di enfiteusi fatta dall' enfiteuta ad un estraneo. Questo *laudemium* non è dovuto, se il proprietario lascia decorrere due mesi senza dare quell' approvazione, o se egli compra per sè il diritto di enfiteusi, usando del diritto di prelazione che gli spetta. - È dovuto il *laudemium* qualunque sia il genere di alienazione fatta dall' enfiteuta, sia cioè una vendita, una donazione, una permuta, un legato ec. purchè il diritto di enfiteusi sia trasferito o trasmesso da lui a persona diversa dal proprietario. - Ma la successione ereditaria non dà diritto al proprietario della cosa enfiteutica di esigere il pagamento del *laudemium* in discorso, perchè l'erede continua la persona del defunto, onde la trasmissione in lui del diritto enfiteutico, non è un'alienazione.

§ 181. Considerando il numero e l'importanza dei poteri contenuti nel diritto di enfiteusi, i Glossatori e poi in generale quasi tutti i pratici, qualificarono l'enfiteusi come una specie di dominio, *dominio utile,* perchè l' enfiteuta raccoglie e gode tutta l' utilità del fondo, in contrapposto al dominio *diretto,* che riconobbero nel proprietario. - Ma tale nomenclatura è estranea al

linguaggio giuridico Romano, ed è contradittoria ai principii della Romana legislazione. Il diritto Romano riconosce nell' enfiteuta un *jus prædii*, (fr. 3, § 4, *Dig. de reb. eor. qui sub tut.*, XXVII, 9), un diritto frazionario del dominio, un *jus in re aliena*, e non un *dominium* (*cost.* 1, *Cod. de jure enphyt.*, IV, 66; *cost.* 2, *Cod. de mancip. et colon. patrim.*, XI, 62). – Vero è bene che in alcuni luoghi delle nostre Fonti, l'enfiteuta è detto *dominus* (*cost.* 2, 12, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61; *cost.* 2, *Cod. de fund. rei priv.*, XI, 65), ma come abbiamo osservato altra volta (vedi sopra, § 71) questo titolo si da talora anche all' usufruttuario, ed in generale a chiunque ha un *jus in re aliena;* si aggiunga, che non mancano frammenti e costituzioni in cui la parola *emphyteuta* sia contrapposta alla parola *dominus*; (fr. 1, § 1, *Dig. si ager vectig.*, VI, 3; fr. 71, § 5, 6, *Dig. de legatis*, I, 30), e l'enfiteusi, al dominio (*cost.* 8, *Cod. de fund. patrim.*, XI, 61), ed in cui la costituzione dell' enfiteusi non è considerata come un *titulus alienationis;* (fr. 3, § 4, *Dig. de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9; *cost.* 1, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66; *Nov.* 7, *cap.* 1). Concludiamo dunque col Cujacio e col Donello, che l' enfiteusi secondo le pure idee Romane, non è un dominio utile bensì un diritto *in re aliena* (Cujac., VII, 4. *Recit. solemn. ad tit. D. si ager vectig.*; Donel., *Comment. jur. civ.*, IX, 13, § 1, 2, 3). E questo *diritto in re aliena* rassomiglia alla servitù personale dell' usufrutto, contenendo come essa l'*jus utendi, fruendi;* ma non può con quella confondersi. Ed in vero l' enfiteusi non si limita, come l' usufrutto, alla persona del primo concessionario, passa negli eredi, ed è *perpetua,* quando l' atto di sua costituzione non stabilisca espressamente un termine alla sua durata; (fr. 3, *Dig. si ager vectig.*, VI, 3); il diritto d' enfiteusi può essere alienato, mentre dell' usufrutto non può alienarsi che l' esercizio; finalmente i diritti dell' enfiteuta sono più estesi di quelli dell' usufruttuario; ed è esente dall' obbligo di dare cauzione al proprietario, obbligo che incombe all' usufruttuario.

CAPITOLO III.

COSTITUZIONE ED ESTINZIONE DELL' ENFITEUSI.

§ 182. *A*) L' enfiteusi si può ***costituire:***

1° Per convenzione

2° Per disposizione di ultima volontà (*cost.* 1, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66). Il semplice contratto enfiteuticario, contratto (come diremo) *consensuale*, basta a costituire il diritto di enfiteusi, senza che occorra *tradizione.* Tale è almeno l' opinione che riteniamo, (sebbene dal maggior numero degli interpreti del diritto Romano contradetta), e che appoggiamo sulle parole del fr. 1, *Dig. si ager vectigalis,* VI, 3), le quali con chiarezza più presto singolare che rara, dimostrano che l' *actio in rem* compete agli enfiteuti appena: *fundum fruendum conduxerunt;* d' altronde in nessun luogo del testo è espressamente richiesta la tradizione per costituire questo *jus in re aliena*; ed è un convincimento nostro, che la tradizione necessaria per trasferire il dominio (cosa corporale), non lo sia per la costituzione degli *jura in re aliena*, (cose incorporali) come osserveremo trattando dei diritti di *superficie e di ipoteca.* La tradizione si addimanderebbe all' effetto di potersi valere della *Publiciana in rem actio;* (fr. 12, § 2, *Dig. de Public. in rem act.*, VI, 1). È controverso se l' enfiteusi possa venire acquistata per usucapione. Noi neghiamo che si possa in quel modo acquistare: 1) perchè in nessun luogo delle nostre Fonti ciò si trova stabilito; e nel silenzio della legge, non può facilmente ammettersi siffatto modo di acquisto, il quale solamente quando la legge lo riconosce può con tranquillità essere ammesso; 2) perchè il diritto d' enfiteusi non essendo suscettivo di quasi possesso (l' enfiteuta avendo invece il possesso del fondo enfiteutico), non si intende, come possa essere acquistato mediante l' usucapione.

§ 183. *B*) L' enfiteusi si *estingue:*

1° Per la distruzione del fondo, sul quale questo *jus in re* è costituito, purchè sia una distruzione totale (*cost.* 1, in *f. Cod. de jure emphyt.*, IV, 66).

2° Per la *confusione*, vale a dire quando il proprietario succede nel diritto dell' enfiteuta, o viceversa.

3° Per la *consolidazione* di questo diritto frazionario del do-

minio dal quale fu staccato, come, p. e., se l'enfiteuta muore senza eredi, e senza aver disposto del suo diritto.

4° *Per reciproco consenso* dell'enfiteuta e del proprietario; ma senza il consenso di quest' ultimo, l'enfiteuta non può, a *nostro credere*, rinunziare al suo diritto (*cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.*, XI, 65), perocchè ci sembra che non possa rinunziarsi ad un diritto che viene accordato, ma a condizione che si paghi un canone: obbligo cui non ci pare che sia lecito arbitrariamente sottrarsi (*argom.*, *cost.* 3, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10).

5° Per l'*usucapio libertatis* del fondo enfiteutico, compiuta dal proprietario o da un estraneo, (*cost.* 3, *Cod. de præscript.*, XXX *vel* XL *ann.*, VII, 39; fr. 15, § 27, *Dig. de danno infecto*, XXXIX, 2). L'enfiteuta non può acquistarne il dominio per usucapione, a carico del proprietario, perchè l'enfiteuta non ha un possesso ad *usucapionem*, ma *ad interdicta*. Col decorrere di 30 anni può prescrivere l'obbligo di pagare i canoni scaduti da un trentennio (*cost.* 7, § 6, *Cod. de præscript.*, XXX *vel* XL *ann.* VII, 39).

6° Finalmente a titolo di pena, l'enfiteuta perde il suo diritto nei casi seguenti, detti casi di *caducità:*

a) In caso di deterioramento del fondo, imputabile a lui enfiteuta, (*Nov.* 120, *cap.* 8; *cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66). Deteriorare una cosa è diminuirne il valore, laonde se l'enfiteuta ha deteriorato una piccola parte del fondo, ma ne ha migliorato una parte maggiore, non decade dal suo diritto, avendo il fondo in sostanza acquistato un valore maggiore, per quel tanto di cui il miglioramento supera la deteriorazione.

b) In caso di non pagamento del canone durante 2 *anni*, trattandosi di beni enfiteuticari della Chiesa, e durante 3 *anni*, trattandosi di beni enfiteuticari di altri (*cost.* 2, *Cod. de jure emphyt.,* IV, 66; *Nov.* 7, *cap.* 3, § 2; *Nov.* 120, *cap.* 8). L'accettazione fatta dal proprietario dei canoni arretrati, implicherebbe rinunzia al suo diritto di fare dichiarare la caducità.

c) In caso di non pagamento delle imposizioni durante 3 *anni* (*Nov.* 7, *cap.* 3, § 2, *cost.* 2, *Cod. de jure emphyt.*, IV, 66).

d) In caso di alienazione del diritto enfiteuticario, fatta senza notificarla al proprietario, e senza suo permesso, *irrequisito domino* (*cost.* 3, *Cod. de jure emphyt.,* IV, 66). In tutti questi casi il proprietario non può di suo arbitrio espellere l'enfiteuta dal

fondo enfiteutico, ma è obbligato invece a promuovere contro di lui un giudizio, per ottenere una sentenza che lo dichiari incorso nella *caducità* del suo diritto.[1]

CAPITOLO IV.

AZIONI DERIVANTI DALL'ENFITEUSI.

§ 184. L'enfiteuta può far valere il suo diritto, tanto contro il proprietario, quanto contro chiunque altro. A tále uopo ha un *actio in rem*, detta *actio vectigalis*, ed ancora *utilis petitio*; (fr. 15, § 26, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2; fr. 16, *Dig. de servit.*, VIII, 1; fr. 1, § 1, *Dig. si ager vectigalis*, VI, 3; fr. 66, *Dig. de evict.*, XXI, 2), la quale azione è di natura identica all'*actio confessoria*. La *Publiciana* è accordata a chi si trova in buona fede nel possesso di un fondo, sul quale un non proprietario gli abbia costituito un diritto di enfiteusi; (fr. 12, § 2, *Dig. de public. in rem act.*, VI, 2). Il proprietario ha viceversa contro l'enfiteuta, che gli usurpa il fondo, la *rei vindicatio*. L'enfiteuta, come quegli che ha il possesso giuridico del fondo, può valersi degli interdetti *retinendæ et recuperandæ possessionis*.

PARTE V.

Della superficie.

(*Dig.*, lib. XLIII, tit. 18, *de superficiebus*.)

§ 185. Il diritto di superficie, o superficiario, è un *diritto in re, in forza del quale è lecito di usufruire la superficie di una*

[1] Abbiamo esposte le regole dell'*enfiteusi propria* secondo il puro diritto Romano e dell enfiteusi ammessa dal Codice Civile italiano. Non abbiamo trattato delle *enfiteusi improprie*, cioè modificate dall'elemento ecclesiastico e feudale. Ciò ci allontanerebbe troppo dal nostro scopo. Per la stessa ragione abbiamo taciuto delle enfiteusi toscane sui beni di manomorta e di altre enfiteusi conosciute in Italia. Ci dilungheremmo troppo dal nostro scopo se di tutto ciò volessimo parlare. Rinvieremo i lettori desiderosi di conoscere queste materie alle opere di Girolamo Poggi sul sistema livellare, di Luigi Borsari sul contratto d'enfiteusi; vi troveranno svolto un argomento che preferiamo passare sotto silenzio, anzichè esporlo imperfettamente, come d'altronde saremmo costretti a fare, ove ne volessimo trattare in queste brevi note.

cosa immobile altrui in perpetuo, o *almeno per lungo tempo*, *diritto alienabile e trasmissibile*; (fr. 1, § 3; fr. 2, *Dig. h. t.*, fr. 74, e 75, *Dig. de rei vind.*, VI, 1). La voce *superficies* indica il soprassuolo, vale a dire tutto ciò che si inalza sul suolo, standovi naturalmente o artificialmente adeso; (fr. 71, *Dig. de usufr.*, VII, 1; fr. 13 *pr.*, *de serv. præd. rust.*, VIII, 3). Secondo i principii generali in materia di accessione, ciò che costituisce la superficie, è proprietà del proprietario del suolo, perchè ciò che si unisce in modo stabile al suolo, *solo cedit*. Ma il proprietario può concedere ad un altro un *jus superficiarium*, ossia un diritto di superficie, pel quale il concessionario acquista sul soprassuolo pressochè tutte le facoltà che sono comprese nel dominio, e chiamasi *superficiarius* la persona cui è accordato questo *jus in re aliena*, mentre *dominus soli* è il nome del proprietario del suolo, sulla superficie del quale è stato costituito l'*jus in re* del quale trattiamo; (fr. 3, § 7, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17).

§ 186. Non si sa bene come nascesse l'idea di questo diritto, ma un'ipotesi assai plausibile si è la seguente. Allorquando i *possessori dell'ager publicus*, o di un *locus publicus* in generale, i quali avevano costruito su questo un edifizio, o fatto delle piantagioni dovevano rendere allo Stato quei terreni, allo Stato che per una causa qualunque revocava la *possessio*, dovè sembrare ingiusto di non rispettare i diritti di questi possessori sugli edifizi inalzati, sugli alberi piantati, sul soprassuolo insomma, che era surto per opera loro. Lo Stato allora dovè pagarne il prezzo, o considerarlo come sottoposto ad un *jus in re* a loro favore, esigendo per altro un proporzionato *solarium*. Non fu riconosciuto ad essi un *dominio* vero e proprio su quel soprassuolo, perchè ciò avrebbe contradetto al principio: *quod solo inædificatur vel implantatur, solo cedit*, ma fu ammesso un *jus in re* di superficie (analogo all'enfiteusi) diritto che cade non sul suolo, ma sulla superficie. L'origine pretoria di questa istituzione conferma tale ipotesi; (fr. 1, § 1, 3, 5; fr. 2, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 86, § 4, *Dig. de legatis*, I, 30).

§ 187. Il diritto di superficie si acquista:

a) mediante contratto, ordinariamente di compra e vendita, o di locazione e conduzione (fr. 1 *pr.*, § 1; 3; fr. 2, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 3, § 7, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17; fr. 18, § 4, *Dig. de damno inf.*, XXXIX, 2). Taluno, p. e., loca in perpetuo

ad un altro un'area perchè vi fabbrichi, oppure gli vende il diritto di fabbricarvi. L'edifizio eretto dal conduttore o compratore, appartiene in proprietà al proprietario del suolo (*solo cedit*), ma quegli che edificò ha un *jus in re* sull'edifizio, ossia sulla superficie non sul suolo; tal altro invece, proprietario di un edifizio di più piani, vende l'ultimo di questi, riserbandosi la proprietà degli altri. Il compratore ha allora un diritto di superficie su quell'ultimo piano comprato, che è edificato sull'area di altri piani, perocchè superficie sia non soltanto ciò che sorge sul suolo, ma eziandio un piano od una stanza (*cœnaculum*) superiore, che sorge sull'altrui sottoposto edifizio; (fr. 2, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 3, § 7, *Dig. uti possid.*, XLIII, 17). Chi edifica sul suolo pubblico, quando non arreca danno col suo edifizio all'uso pubblico od ai diritti altrui, non è obbligato a demolire, ma è tollerato come superficiario, assoggettandolo al pagamento di un *solarium* (fr. 2, § 17, *ne quid in loco publico*, XLIII, 8; fr. 5, § 1, *Dig. de oper. publ.*, L, 10; *cost.* 1, *Cod. de div. præd.*, XI, 69; vedi sopra, § 9, Lib. II).

b) mediante un atto di ultima volontà può ugualmente essere costituito il diritto superficiario: *superficies legata*; (fr. 1, § 7, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 86, § 4, *Dig. de legatis,* I, 30). Per usucapione non si acquista; almeno non vi ha luogo nelle nostre Fonti in cui questo venga permesso.

§ 188. Il superficiario ha diritto di godere pienamente della superficie: può trasmettere il suo diritto ai suoi eredi sia testamentari, sia legittimi; può disporne per atto *inter vivos* alienandolo; può anche ipotecarlo; può sottoporre la superficie a vincoli i quali durano tanto quanto il diritto di superficie (fr. 1, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 1, *Dig. quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4; fr. 10, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2; fr. 16, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 13, § 3, *Dig. de pignor.*, XX, 1; fr. 32, *Dig. de contrah. cont.*, XVIII, 1; fr. 86, § 4, *Dig. de legatis,* I, 30). I diritti dei creditori ipotecari e delle persone a cui favore furono costituite delle servitù, non cessano dunque per un cambiamento avvenuto nella persona del superficiario, periscono soltanto con l'estinzione del diritto di superficie. È questione se il superficiario abbia il quasi possesso del suo diritto, ovvero il possesso della superficie. Noi seguitiamo l'opinione del Savigny, ritenendo che abbia il quasi possesso del diritto, quasi possesso, che è simile

a quello delle servitù personali, perchè come quello presuppone la detenzione della cosa.

§ 189. Il superficiario ha l'obbligo di pagare tutte le imposizioni che gravitano sulla superficie; e di pagare un'annua retribuzione che ha nome di *solarium, pensio,* quando il suo diritto di superficie derivi da locazione, o quella retribuzione sia stata espressamente stabilita: perocchè essa non sia essenziale all'esistenza di questo diritto, come, p. e., lo è il canone nell'enfiteusi (fr. 74, *Dig. de rei vindic.,* VI, 1; fr. 15, *Dig. qui pot. in ping.,* XX, 4; fr. 2, § 17, *Dig. ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; *cost.* 1, *Cod. de divers. præd.,* XI, 69).

§ 190. Il diritto di superficie cessa per le cause medesime per le quali cessa l'enfiteusi, ma i principii sulla *caducità* del diritto dell'enfiteuta, non sono applicabili al superficiario.

§ 191. Per far valere il suo diritto, il superficiario ha una *utilis in rem actio*, simile all'azione di proprietà, che egli sperimenta contro chiunque gli contesta il suo diritto. Può servirsi eziandio della *Publiciana* (fr. 73, § 1; fr. 74; fr. 75, *Dig. de rei vind.,* VI, 1; fr. 16, § 2, *Dig. de pign. act.,* XIII, 7; fr. 3, § 3, *Dig. de operis novi nunciat.,* XXXIX, 1; fr. 1 *pr.*, § 3, 6, *Dig. de superf.*, XLIII, 18; fr. 12, § 3, *Dig. de Public. in rem. act.*, VI, 2). Ha diritto, per mantenersi nel suo quasi possesso, di valersi di un interdetto particolare *de superficiebus* (*Dig. de superficiebus,* XLIII, 18).

§ 192. Da tutto ciò si raccoglie che il diritto di superficie è un *jus in re*, analogo all'enfiteusi, ma che cade non già sul suolo, sibbene sulla superficie; che non ha come l'enfiteusi qual condizione essenziale il pagamento di una contribuzione; e che non si estingue per tutte le cause che estinguono l'enfiteusi. – Il diritto di superficie differisce poi dalle servitù prediali perchè ridonda a vantaggio di una persona e non di un fondo; differisce dalle servitù personali, perchè è alienabile, e trasmissibile agli eredi; differisce finalmente dalle servitù tutte, perchè conferisce più estesi diritti di esse.[1]

[1] Il Codice Civile italiano non fa menzione del diritto di superficie; per analogia potrebbero servire a regolarlo le disposizioni relative all'enfiteusi. Evidentemente poi il Codice riconosce che i diversi piani di una casa possono appartenere a più proprietari distinti, e che questi hanno una specie di condominio sui muri maestri sul tetto e sulle scale della casa medesima (vedi articoli 562, 563, 564). È escluso così, che il piano superiore di una casa possa considerarsi come una *superficies* dell'inferiore.

PARTE VI.

Del pegno e dell' ipoteca. [1]

CAPITOLO I.

INDOLE DEL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA.

(*Dig.*, lib. XX, tit. 1, *de pignoribus; Cod.*, lib. VIII, tit. 14, *de pignoribus*.)

§ 193. Il diritto di pegno e d'ipoteca è: un *diritto che il creditore, per sicurezza del suo credito, ha sulla cosa altrui, in forza del quale diritto può perseguitarla in mano di chiunque, per venderla, ed ottenere il pagamento del suo credito, col prezzo ricavatone, quando non sia pagato dal debitore all' epoca fissata.*

[1] Tanto nel sistema del Codice nostro quanto per diritto Romano, il pegno e l'ipoteca sono diritti patrimoniali *reali*, i quali hanno il medesimo scopo pratico; sono garanzie *reali* per assicurare al creditore il pagamento del suo credito. Differiscono fra loro pel Codice nostro, assai più che non differissero nel diritto Romano più recente; perocchè pel Codice nostro il pegno non si può costituire che sopra *cose mobili* (art. 1878) l'ipoteca sopra *immobili* e sopra *alcuni diritti*, che la legge considera come immobili (art. 1967). Da tale importante differenza, derivano diversità capitali circa agli effetti giuridici di questi due diritti.

Del resto, anche pel Codice nostro, il pegno non è concepibile senza la detenzione della cosa oppignorata per parte del creditore o di un terzo che detenga la cosa pel debitore (art. 1878, 1882, 1887) mentre l'ipoteca non priva di quella detenzione il debitore che l'obbligò a garanzia del creditore.

Il Codice nostro riconosce l'*anticresi*, ma non già quale un patto aggiunto al pegno con cui si conviene che i frutti della cosa oppignorata si acquistino dal creditore in cambio degli interessi del suo credito, (come era per diritto Romano) bensì quale una *specie di pegno, sopra un immobile del debitore*, pegno il quale non produce effetti che nei rapporti fra debitore e creditore (art. 1891-1897).

Così pel Codice nostro come pel diritto Romano il pegno deriva da un contratto reale (e noi di questo contratto parleremo nelle note ai contratti reali); ma pel Codice non è mai *testamentario*, nè *giudiciario*, come poteva essere per diritto Romano.

L'ipoteca poi, pel Codice nostro, deriva da *convenzione*, da *sentenza*, o da *disposto di legge*, mentre per diritto Romano derivava da *convenzione*, da *testamento*, da *disposto* di *legge*. Ignota è al Codice nostro un' ipoteca derivante da *testamento*, mentre ignota era al diritto Romano un' *ipoteca derivante da sentenza giudiciaria*.

Le regole del diritto reale di pegno diversificando nel Codice nostro da quelle del diritto reale di ipoteca assai più di quello che ne diversificassero nel diritto Romano, (e ciò a cagione della indole diversa delle cose che pel Codice sono obietto di questi due diritti) noi ne tratteremo separatamente; e qui ci limiteremo a quelle proprie del diritto reale di ipoteca, riserbandoci a

Tale è la nozione del diritto che va sotto il doppio nome di ipoteca e di pegno, nomi che nel testo talora veggonsi adoperati come sinonimi (fr. 13, § 1; fr. 16, § 6, *Dig. de pignor.*, XX, 1; fr. 17, § 2, *Dig. de pact.*, II, 14; fr. 1 *pr.*, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 1 *pr.*; fr. 2, *Dig. quæ res sub. pign.*, XX, 3), ma i quali hanno eziandio un significato speciale. Ed in vero *pignus* nel suo significato proprio, è voce adoperata per esprimere, che il creditore ha il possesso della cosa sulla quale gli è costituito il diritto in discorso (*Instit.*, § 7, *de act.*, IV, 6; fr. 35, § 1, *Dig.*

trattare di quelle proprie del diritto reale di pegno, nelle note relative al contratto che a quel diritto reale dà origine.

Il Codice definisce l'ipoteca, come un diritto reale costituito sopra i beni del debitore o di un terzo, a vantaggio del creditore, per assicurare al medesimo il soddisfacimento di una obbligazione (art. 1964), mediante (aggiungeremo noi) la vendita dei beni dei quali il debitore o il terzo conserva il possesso.

Da questa definizione si rileva come ancora il Codice nostro ammetta il principio del diritto Romano, cioè che l'ipoteca di una cosa, la quale non appartenga al debitore, bensì ad un terzo, può essere ipotecata, se questi consenta che la cosa sua serva di garanzia al debito dell'altro.

Del resto anche pel Codice l'ipoteca, è un diritto *accessorio;* (art. 2029, n° 1) anche pel Codice è un diritto *indivisibile*, che sussiste per intiero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi, e sopra ogni loro parte (art. 1964, capoverso 1°). È inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore (art. 1964, capov. 2°); si estende a tutti i miglioramenti, ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dello immobile ipotecato (art. 1966).

Pel Codice nostro sono capaci di ipoteca:

1° I beni immobili che sono in commercio coi loro accessori riputati come immobili.

2° l'usufrutto degli stessi beni coi loro accessori, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti.

3° I diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici.

4° Le rendite sopra lo Stato, nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico (art. 1967).

Da questa enumerazione che ci sembra *tassativa*, si rileva che non si possono ipotecare (a differenza dal diritto Romano) le cose *mobili;* che non si possono ipotecare le *servitù personali*, eccettuato l'usufrutto; nessuna servitù *prediale, senza distinzione di sorta;* che una ipoteca non può essere costituita sopra un'altra, e finalmente che non possono essere ipotecate le azioni che tendono a recuperare immobili.

Caratteri che essenzialmente distinguono l'ipoteca del nostro codice dall'ipoteca romana sono la *pubblicità*, e la *specialità*.

L'ipoteca presso i Romani *non era pubblica;* pel Codice nostro invece *non ha effetto se non è resa pubblica* (art. 1965) mediante *iscrizione*, nell'uffizio delle ipoteche del luogo nel quale si trovano i beni gravati (art. 1981).

Di più pel Codice stesso l'ipoteca è sempre *speciale*, non può sussistere che sopra beni *specialmente indicati e per somma determinata di danaro:* il che non era punto necessario per diritto Romano, pel quale l'ipoteca poteva essere o *generale* o *speciale*, abbracciare indistintamente tutti i beni del debitore, od alcuni beni determinati.

Il Codice nostro, abbiamo detto, conosce tre specie di ipoteca, legale, giudiziale, convenzionale; ne tratteremo nelle note successive. Qui ci limitiamo ad osservare come la *pubblicità* e la *specialità delle ipoteche* (che il Codice nostro ha spinto molto più oltre del diritto francese) sieno uno dei pregi più belli del Codice italiano (vedi l'appendice V in calce al volume).

de pignor. act., XIII, 7). *Pignus* deriva *a pugno*, come dice il fr. 238, § 2, *Dig. de verb. signif.* (L, 16.) *quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur.* La voce ipoteca, *hypotheca,* di greca etimologìa, e che significa sottoposizione, *suppositio* (*cost.* 7, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24; *cost.* 7, 8, *Cod. de præscript., XXX vel XL ann.,* VII, 39), è adoperata quando il creditore non ha quel possesso della cosa, sulla quale è costituito il diritto del quale trattiamo (fr. 9, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7). L'ipoteca in diritto Romano, può essere costituita tanto sulle cose immobili, quanto sulle mobili, e ciò non solamente se si estende su tutti i beni del debitore (fr. 6 e 34, § 2, *Dig. h. t.*, XX, 1), ma eziandio quando cade sopra cose isolate, o sopra un' *universitas facti* (fr. 34 *pr.*, *Dig. h. t.*, XX, 1; fr. 66 *pr.*, *Dig. de furtis,* XLVII, 2). Il pegno in antico si credeva possibile soltanto sulle cose mobili, le sole appunto che si possono tenere in pugno, ma nel diritto Giustinianeo si ritiene possibile eziandio sulle immobili, delle quali venga accordato il possesso (fr. 11, § 1, e fr. 31, *Dig. de pignorib.*, XX, 1). L'avere il creditore il possesso della cosa nel *pignus,* il mancarne nell' *hypotheca,* non è circostanza che abbia importanti effetti sull' indole del diritto, il quale è lo stesso nell' un caso e nell' altro; onde Marciano fu indotto a dire: *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* (fr. 5, § 1, *Dig. de pignor.*, XX, 1), ciò non pertanto vedremo che in un caso havvi qualche differenza negli effetti fra l'avere il possesso della cosa obbligata a garanzìa del credito, e il non averlo (fr. 14, *Dig. qui post. in pign.*, XX, 4).

§ 194. Il diritto di pegno e di ipoteca è:

a) Un *diritto accessorio;* presuppone infatti un credito che esso stia a garantire (fr. 5 *pr.*, § 2, *Dig. h. t.*, XX, 1; *cost.* 2, *Cod. si pign. conv. num. pec.,* VIII, 33); e questa è per avventura la ragione per cui troviamo adoperato, nel parlare della relazione fra la cosa oppignorata o ipotecata, ed il creditore che ha l' *jus in re* sulla medesima, termini che appellano alla materia dei *crediti*, ossia dei diritti nascenti da un rapporto obbligatorio (*obligationes*). Infatti i Romani dicono *rem obligare* o *obstringere;* o *rem in obligationem deducere,* o *dare, rem pignori obligare,* o *dare,* per indicare che la cosa è oppignorata od ipotecata. (*Instit.*, § 1, *de leg.*, II, 20; fr. 7, § 3, *Dig. de minor.,* IV, 4; fr. 11, § 3, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7; fr. 30, § 1, *Dig. de exc. rei jud.*, XLIV, 2; fr. 1,

§ 4, *Dig. de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9, *etc.*). E la cosa sottoposta al *gius in re* in discorso, chiamasi *res obligata* (*Instit.*, § 5, *Dig. de legat.*, II, 20; fr. 6, § 9; fr. 11, § 16; fr. 52 *pr.*, *de act. empti.,* XIX, 1). Vedi su tutta questa materia il classico trattato di FRED. AD. SCHILLING, tradotto da PELLAT. Parigi, 1840.

b) Il diritto di pegno e di ipoteca è in secondo luogo, un diritto giuridicamente *indivisibile,* sebbene sia divisibile il credito a garantire il quale è costituito (fr. 65, *Dig. de evict.*, XXI, 2).

CAPITOLO II.

REQUISITI DEL DIRITTO DI PEGNO E D' IPOTECA.

(*Dig.*, lib. XX, tit. 3, *quæ res pignori vel hypotecæ datæ, obligari non possunt; Cod.*, lib. VIII, tit. 17, *quæ res pignori obligari possunt vel non, et qualiter pignus contrahatur.*)

§ 195. Il diritto di pegno o di ipoteca presuppone:
1° L' esistenza di un credito, a garantire il quale è costituito:
2° una cosa idonea ad essere ipotecata od impegnata.

I. UN CREDITO.

§ 196. Il pegno e l' ipoteca, ripetiamolo, garantiscono un credito, un diritto emergente da un rapporto obbligatorio, o per dirlo più brevemente una *obbligazione.* Quest' obbligazione può essere così *naturale*, come *civile:* ciò poco importa (fr. 5, *Dig. de pignor.,* XX, 1; fr. 14, § 1, *Dig. eod.*, fr. 13, *pr. Dig. de condict. indeb.,* XII, 6; fr. 101, *Dig. de solut.*, XLVI, 3), purchè non sia un' obbligazione riprovata dalla legge, e dichiarata nulla dal diritto Civile, o paralizzata da una *perpetua exceptio* introdotta dal pretore a favore del debitore (fr. 11, § 3, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 25, e fr. 33, *Dig. h. t.*, XX, 1; fr. 129, § 1, *Dig. de reg. juris,* L, 17; fr. 2, *Dig. quæ res pign. vel hypoth.*, XX, 3; fr. 32, *Dig. de fidejus.*, XLVI, 1). Il pegno o l' ipoteca possono essere costituiti per garantire non solamente un' obbligazione presente, ma eziandio un' obbligazione futura; e tanto un' obbligazione pura, quanto un' obbligazione condizionale (fr. 5 *pr.*, *Dig. h. t.*, XX, 1). Il pegno o l' ipoteca costituiti per ga-

rantire un' obbligazione condizionale, sussistono soltanto dal momento in cui si verifica la condizione, ma hanno un effetto retroattivo al giorno in cui furono costituiti (fr. 9 *prin.*, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4; fr. 9, § 1, 2, *Dig. eod.*, fr. 11, § 1, *Dig. eod.*). Se non che quell' effetto retroattivo non si verificherebbe, qualora la condizione apposta all' obbligazione fosse *potestativa* (fr. 11 *prin.*, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4; fr. 4, *Dig. quæ res pignori*, XX, 3; fr. 1, § 1, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4), talchè fosse in facoltà del debitore farla o no verificare. In tal caso l'ipoteca od il pegno avrebbero vita ed efficacia soltanto dal dì in cui il debitore avesse tradotta all' atto la sua potestà, e non retroagirebbero. È permesso garantire con un pegno od un' ipoteca, non solamente un' obbligazione propria, ma ancora quella di un altro (fr. 5, § 2, *Dig. h. t.*, XX, 1).

II. Una cosa idonea.

§ 197. È lecito ipotecare od oppignorare tutte le cose che fanno parte del patrimonio, e che possono per conseguenza fornire al creditore una garanzìa, che sarà pagato; laonde è necessario che sieno cose alienabili, ed in commercio (fr. 1, § 2; fr. 1; fr. 9, § 1, *Dig. quæ res pignori vel hypoth. datæ oblig. non poss.*, XX, 3; *cost.* 21, *Cod. de Sacr. Eccles.*, I, 2). Del resto possono obbligarsi tanto delle cose corporali, quanto delle incorporali, così delle cose presenti, come delle future (fr. 15 *pr.*, *Dig. h. t.*, XX, 1; fr. 11, § 3, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Il diritto di pegno e di ipoteca essendo un *jus in re*, parrebbe che non potesse essere costituito se non che sopra cose *corporali*; tuttavolta siccome lo scopo del pegno e dell' ipoteca, è di dare una garanzìa efficace al creditore, che egli sarà pagato mediante il prezzo retratto dalla vendita della cosa impegnata od ipotecata, ancora le cose incorporali (suscettive pur esse di vendita), furono reputate abili ad essere obietto di pegno e di ipoteca. Di qui deriva, che i diritti di superficie, e di enfiteusi possono essere oppignorati od ipotecati (fr. 16, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 13, § 3; fr. 31, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 15, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4); se non chè nelle nostre Fonti ogni qualvolta si tratta del pegno o dell' ipoteca, costituiti dall' enfiteuta e dal superficiario,

viene citato come obietto dell' uno o dell' altra, la cosa enfiteutica o la superficie (*vegtigale prædium, superficies in alieno solo posita*), e non già il diritto di enfiteusi o di superficie (fr. 16, § 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 13. § 3, e fr. 31, *Dig. h. t.*, XX, 1; fr. 15, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Le servitù prediali sì rustiche che urbane *già costituite* possono essere impegnate o essere ipotecate, ma soltanto insieme col fondo dominante, non già separatamente da quello, imperocchè sieno inseparabili dal fondo, e non alienabili senza il medesimo (fr. 16, *Dig. de servit.*, VIII, 2; fr. 11, § 3, *Dig. de pignor.*, XX, 1). Ciononostante le servitù rustiche sono suscettive di ipoteca o di pegno, come *servitù da costituirsi in futuro*. Può p. e., il creditore convenire col suo debitore, che finchè questi non gli avrà pagato il suo debito, egli creditore eserciterà un diritto di passo o di acquedotto a vantaggio del proprio fondo, e che nel caso in cui non sia pagato, venderà i diritti di cui gli fu conceduto l'esercizio, ad un vicino, che avesse interesse ad acquistarli (fr. 12, *Dig. de pignor.*, XX, 1). Ciò non può farsi per riguardo alle servitù urbane, che separatamente dal fondo non sono suscettive di pegno e di ipoteca, neppure come servitù da costituirsi in futuro. La ragione di cotal differenza è per avventura la seguente. Le servitù rustiche possono tornare vantaggiose non unicamente ad un solo fondo, ma a più; le urbane ordinariamente invece riescono utili ad un fondo solo; onde le prime facilmente troverebbero compratori, difficilmente le seconde. Per altra parte (come vedremo) repugna al diritto di pegno e di ipoteca, ed è proibito dalla *lex commissoria*, che il creditore divenga proprietario della cosa, o concessionario dei diritti che gli furono oppignorati od ipotecati; il creditore non pagato, non potrebbe adunque acquistare per sè le servitù urbane: e degli estranei, per le ragioni addotte, non si presenterebbero ad acquistarle. Fra le servitù personali, si può ipotecare l'usufrutto e l'abitazione (fr. 11, § 2; fr. 15 *pr.*, *Dig. de pignor.*, XX, 1), perchè si può vendere l'esercizio di questi diritti; non l'uso, perchè vendere non si può, nè il diritto di uso, nè l'esercizio del diritto stesso, e perchè *fructus rei est, pignori dari licere* (fr. 49, *Dig. de usuris*, XXII, 1). È lecito ipotecare od impegnare un diritto di pegno che noi abbiamo (*pignus pignori datum*); allora il nostro creditore può fare valere il nostro diritto di pegno nel proprio interesse, benchè in nome nostro. Finalmente

le nostre leggi ammettono che si possa ipotecare od oppignorare eziandio un credito (*nomen*). La persona a cui favore fu costituito cotale pegno od ipoteca, può esigere il pagamento di quel credito, può cederlo, e ritenere come pegno l'obietto che gli fu pagato, se non è danaro: pagarsi se è danaro: o pagarsi col danaro riscosso qual prezzo della cessione (fr. 18 *pr.*, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 13, § 2; fr. 20, *Dig. de pign.*, XX, 1, *cost.* 4, *Cod. quæ res pignor.*, VIII, 17). La cosa oppignorata od ipotecata, deve per regola essere proprietà di chi l'impegna o l'ipoteca (fr. 2, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 15, *Dig. de pignor.*, XX, 1, *cost.* 2, 4, 6, *Cod. si aliena res. pign.*, VIII, 16); laonde un comproprietario che impegna od ipoteca, oltre la sua quota intellettuale di proprietà sulla cosa comune, eziandio la quota spettante all'altro, non costituisce un *jus in re valido* su quest'ultima quota (*cost. un.*, *Cod. si comm. res. pign.*, VIII, 24). Tuttavolta sono validi l'ipoteca od il pegno costituiti sulla cosa altrui, quando il proprietario della medesima, vi *acconsenta* (fr. 20, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7), o *ratifichi* tale obbligazione della cosa sua (fr. 16 *prin.*, *Dig. de pignor.*, XX, 1, *cost.* 7, *Cod. si aliena res pignori*, VIII, 16). Quel *consenso* o questa *ratifica* possono essere anche taciti (fr. 26, § 1, *Dig. de pignor. et hypot.*, XX, 1; fr. 5, § 2, *Dig. in quib. caus. pignus*, XX, 2). È lecito ipotecare la cosa altrui pel caso che ne diverremo proprietari (fr. 16, § 7, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 3, § 1; fr. 7, § 1, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Chi impegna la cosa altrui, credendola per errore propria, non costituisce un vero pegno, neppure se in seguito ne divenisse proprietario; ma in tal caso, per *equità*, si darebbe al creditore di buona fede l'*utilis actio pignoratitia* (fr. 41, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7, *cost.* 5, *Cod. si aliena res*, VIII, 16). Se il proprietario della cosa ipotecata da un altro illecitamente, diviene erede di costui che la ipotecò senza diritto, per la stessa ragione di equità, checchè ne dica Paolo (nel fr. 41, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7), deve rispettare e soffrire quell'ipoteca (fr. 22, *Dig. de pignor.*, XX, 1; vedi pure il fr. 1, § 1, *Dig. de except. rei vend.*, XXI, 3). Ma l'oppignoramento della cosa, proprietà del creditore pignoratizio, come contradittorio all'indole del pegno, che è un *jus in re aliena*, è radicalmente nullo, e non può mai convalidarsi (fr. 29, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 30 *in f.*, *Dig. de except. rei judic.*, XLIV, 2; fr. 45 *pr.*, *Dig. de regulis juris*, I, 17).

CAPITOLO III.

ESTENSIONE DEL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA.

§ 198. Il diritto di pegno e di ipoteca può estendersi, oltre che a cose *singole*, eziandio ad un insieme di cose e di diritti, e perfino ad un intiero patrimonio. L'ipoteca che comprende un patrimonio intiero, chiamasi *ipoteca generale*, mentre chiamasi *ipoteca speciale* ogni altra ipoteca di minore estensione (*cost.* 9, *Cod. quæ res pign.*, VIII, 17).

§ 199. L'ipoteca *generale*, se convenzionale, si estende non solo ai beni che *attualmente* compongono il patrimonio del debitore, ma ancora ai futuri (fr. 15, § 1; fr. 34, § 2, *Dig.*, XX, 1, *cost.* 6, § 2, *cost.* 8, § 1, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *cost.* 9, *Cod. h. t.*, VIII, 17). Ciò dopo Giustiniano; prima di quell'imperatore se si voleva estendere l'ipoteca generale ai beni futuri, era necessario espressamente dichiararlo (*cost.* 9, *Cod. h. t.*, VIII, 17). I beni futuri sono colpiti da quest'ipoteca, soltanto dal giorno in cui cominciano a far parte del patrimonio del debitore (fr. 7, § 1, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Comunque generale sia una ipoteca, essa non colpisce le cose *inalienabili*, nè gli oggetti che il *debitore vende col consenso del creditore* (fr. 158, *Dig. de regulis juris*, L, 17), neppure se il debitore li ricomprasse, e così tornassero a far parte di nuovo del suo patrimonio (*cost. ult.*, *Cod. de remis. pign.*, VIII, 26) L'ipoteca costituita per convenzione, non si intende estesa alle cose che è presumibile il debitore non volesse alienare: come p. e., alle sue vesti, agli arnesi del suo mestiere, agli utensili, alle suppellettili ed alle masserizie indispensabili alla vita, e di un uso quotidiano, non che agli oggetti verso i quali lo stringe peculiare affezione (fr. 6, 7, 8, *Dig. de pignor.*, XX, 1, *cost.* 1, *Cod. quæ res. pign.*, VIII, 17; Paolo, V, 6, 16). Un'ipoteca generale costituita dal testatore, non comprende nè colpisce i beni particolari, proprietà dell'erede (fr. 29 *pr.*, *Dig. de pignor.*, XX, 1). Le cose di cui il debitore è proprietario nel momento della costituzione d'ipoteca generale, rimangono sottoposte alla medesima, tuttochè per alienazione passassero in altre mani: perchè l'ipoteca è un diritto inerente alla cosa, e la seguita in mano di chiunque (fr. 15, § 1, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 1, *Dig.*

de distract. pign., XX, 5; fr. 47 *pr., Dig. de jure fisci,* XLIX, 14, *cost.* 8 *in f., Cod. de sec. nupt.,* V, 9, *cost.* 2, *Cod. de pignor.,* VIII, 14, *cost.* 17, *Cod. de distract. pign.,* VIII, 28, *cost.* 6, *Cod. de priv. fisci,* VII, 73). Tuttavolta la manomissione di un servo compreso in un' ipoteca generale, lo liberava dal vincolo ipotecario, se quell' alienazione non fosse stata fatta con animo di defraudare il creditore (fr. 29 *pr., Dig. qui et a quib. man.,* XL, 9, *cost.* 2, 3, *Cod. de serv. pign. dat.,* VII, 8).

§ 200. L' ipoteca *speciale* si estende a delle cose *singole*, od ancora ad un complesso di cose, che abbia il nome di ***universitas***.

a) L' ipoteca costituita sopra cose individualmente determinate, ossia sopra cose *singole*, si estende eziandio ad ogni loro accessione: come p. e., all' alluvione, all' edifizio che sorge sul terreno ipotecato, sebbene eretto dopo la costituzione dell' ipoteca ec. (fr. 16 *pr.*, fr. 29, § 1, *Dig. de pign.,* XX, 1; fr. 18, § 1; fr. 21, *Dig. de pignorat. act.,* XIII, 7). Ancora i frutti pendenti, ed i frutti già percetti, ma non per anco consumati od alienati (*extantes*) soggiacciono alla ipoteca in discorso, quando la cosa principale non basti a sodisfare il creditore (fr. 1, § 2; fr. 16, § 4, *Dig. h. t.,* XX, 1, *cost.* 3, *Cod. in quib. caus. pign.,* VIII, 15). Ma non soggiace all' ipoteca in esame, ciò che transitoriamente soltanto è in relazione di pertinenza con la cosa singola ipotecata (fr. 32, *Dig. h. t.,* XX, 1); nè ciò che fu acquistato col danaro ricavato dalla vendita della cosa ipotecata, o dei suoi frutti, o col danaro ipotecato (fr. 7, § 1 *in f., Dig. qui pot. in pign.,* XX, 4, *cost.* 3, *Cod. in quib. caus. pign.,* VIII, 15), e nemmeno la nuova specie creata mediante trasformazione della cosa ipotecata, quando così non fu espressamente stabilito nel costituire l' ipoteca (fr. 18, § 3, *Dig. de pign. act.,* XIII, 7).

b) L' ipoteca costituita sopra una ***universitas rerum***, p. e., sopra un gregge colpisce, oltre le cose comprese in quella *universitas* nel momento in cui fu costituita l' ipoteca, anco le cose che in seguito entrano a comporla, o per acquisto fattone da chi concesse l' ipoteca, o per produzione delle cose ipotecate (fr. 13 *pr., Dig. h. t.,* XX, 1; fr. 26, § 2, *eod.*): verbigrazia i nuovi capi del gregge comprati per completarlo, o nati dalle femmine che lo compongono, sono sottoposti all' ipoteca. Se alcune delle cose appartenenti alla *universitas* ipotecata vengono alienate, esse passano nel compratore onerate dal vincolo ipotecario (fr. 18, § 2, *Dig.*

de pign. act., XIII, 7), perocchè la cosa passa nel nuovo acquirente con le sue qualità (*cum sua causa*), e per conseguenza con gli oneri che gravitano sulla medesima. Un'eccezione a questo principio si verifica quanto a quelle università, che presuppongono necessariamente delle operazioni commerciali di compra e vendita, p. e., una bottega, un magazzino (*taberna*). Le mercanzie che componevano la taberna al momento in cui fu ipotecata, passano *libere* nei compratori (fr. 34 *pr., Dig. h. t.*, XX, 1). Siffatta eccezione evidentemente è stabilita dalla legge per non paralizzare il commercio del debitore; e paralizzato sarebbe se la ipoteca seguitasse le merci della taberna nelle mani dei compratori. Chi accettò un' ipoteca sopra una taberna, dovendo necessariamente sapere che le cose comprese in questa speciale *universitas*, sono destinate a cambi e permute continue, si presume che abbia inteso limitare il suo diritto alle merci, che esisteranno nella medesima, il giorno in cui trarrà all'esercizio il suo diritto di ipoteca.

§ 201. L' ipoteca ed il pegno garantiscono l' obbligazione principale, ed eziandio le usure, le spese giudiciali fatte dal creditore, e le spese necessarie (fr. 8 *pr.*, § 5, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7, *cost.* 6, *Cod. de pignor.*, VIII, 14), quando non sieno costituiti espressamente soltanto pel capitale, o per una rata del capitale, o per le usure (fr. 11, § 3, *Dig. de pignorat act.*, XIII, 7; fr. 5, § 1, *Dig. in quib. caus. pign.*, XX, 2).

CAPITOLO IV.

COSTITUZIONE DEL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA. [1]

(*Dig.* lib. XX, tit. 2, *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur; Cod.*, lib. VIII, tit. 15, *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur*; tit. 22 *de prætorio pignore*; tit. 23, *si in causa judicati pignus captum sit.*)

§ 202. Il diritto di pegno e di ipoteca è costituito:

a) *Volontariamente*, come:

[1] L'ipoteca pel Codice nostro è legale, giudiziale o convenzionale (art. 1968).
L' ipoteca *convenzionale* anche pel Codice nostro non può essere costituita se non che da coloro che hanno la capacità di alienare (1974, 1976).
I beni delle persone incapaci di alienare e quelli degli assenti non possono essere ipotecati fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge (art. 1975).
L' ipoteca convenzionale, pel Codice, può costituirsi per atto pubblico o

1° Per convenzione (*convenzionale*),
2° Per disposizione di ultima volontà (*testamentario*).
b) *Necessariamente,* come:
1° Per disposizione giudiciaria (*giudiciale*),
2° Per disposizione di legge (*legale*).

a) Pegno volontario.

1° *Pegno convenzionale.*

§ 203. Per costituire un diritto di pegno o di ipoteca convenzionale, bisogna avere la giuridica disponibilità della cosa che si impegna (*cost.* 8, *Cod. si aliena res pign.,* VIII, 16). Abbiamo veduto poco sopra quando possa impegnarsi anche la cosa altrui (§ 197). Coloro che hanno l'amministrazione della *universalità* dei beni (*omnium bonorum*), possono ipotecarli, ove la loro amministrazione lo esiga, specialmente qualora la persona per cui amministrano *sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere* (fr. 12, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7). Chi amministra i beni della repubblica,

per iscrittura privata, (art. 1978) mentre per diritto Romano per patto (patto detto *pretorio* perchè rivestito di azione dal pretore) anche *verbale;* e soltanto per assicurarne la data si faceva mediante *atto pubblico* o *quasi pubblico.* Nell'atto costitutivo dell'ipoteca, vuole il Codice che l'immobile da sottoporvisi sia *specialmente* designato, con l'indicazione della sua natura, del Comune in cui si trova, del numero del catasto e delle mappe censuarie dove esistono e di tre almeno dei suoi confini (art. 1979).

L'ipoteca convenzionale non può costituirsi pel Codice nostro che sui beni *presenti*, *non sui futuri* (art. 1977), e ciò a differenza del diritto Romano Giustinianeo, nel quale l'ipoteca convenzionale generale si estendeva, anche senza bisogno di patto speciale, ai beni futuri del debitore.

L'ipoteca convenzionale pel Codice nostro (come ogni altra ipoteca) colpisce soltanto *beni specialmente* indicati (art. 1965); può colpire anche *tutti i beni presenti* del debitore; ma debbono essere *specialmente* e *nominatamente* indicati. Per altro ammette il Codice nostro che qualora i beni convenzionalmente ipotecati perissero o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi abbia diritto ad un supplemento d'ipoteca, e in mancanza, al pagamento del suo credito (art. 1980).

L'ipoteca convenzionale pel Codice nostro (come tutte le altre ipoteche che esso ammette) deve essere *pubblica* per avere effetto (art. 1965); e si fa *pubblica* mediante l'*iscrizione* nell'uffizio delle ipoteche del luogo nel quale si trovano i beni gravati (art. 1981).

Ogni ipoteca (e così anche la *convenzionale*) non potendo sussistere che sopra *beni specialmente indicati,* e per *somma determinata di danaro* (art. 1965), l'iscrizione non può farsi del pari che per una somma *determinata di danaro,* e determinata a tale effetto nell'atto costitutivo o in un atto posteriore: altrimente determinata dal creditore medesimo nella nota che per operare l'iscrizione egli deve presentare (art. 1992, art. 1987) al conservatore delle ipoteche.

L'iscrizione dell'ipoteca conserva l'ipoteca convenzionale (alla pari di ogni altra ipoteca) per 30 anni. Alla scadenza di detto termine ha bisogno di rinnovazione (art. 2001 e seg.).

può ipotecarli (fr. 11 *pr.*, *Dig. de pign. et hypoth.*, XX, 1). Il diritto di pegno e di ipoteca convenzionale ha principio dall'istante in cui la convenzione fu fatta (fr. 1 *pr.*, fr. 11 *pr.*, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4).

§ 204. La costituzione convenzionale del pegno si faceva nel diritto Antico, mediante la *mancipatio* o la *in jure cessio,* ma operate *fiduciæ causa.* In altri termini, il debitore trasferiva al creditore la proprietà della cosa, che voleva obbligata a garanzia del credito, ma accompagnava questa traslazione di proprietà con una convenzione speciale, per la quale il creditore si obbligava a rimancipargliela o ricedergliela in giure, quando lo avesse sodisfatto del credito (Gajo, II, 59, 60). Se il creditore non era pagato, od in altro modo sodisfatto (Paolo, II, 13, 3), aveva la facoltà di vendere la cosa, facoltà cui non era possibile validamente rinunziare, essendo inefficace il patto: *ut fiduciam sibi vendere non liceat* (Paolo, II, 13, 5; II, 5, 1). Pagato il creditore, il debitore aveva un' *actio fiduciæ* per costringerlo a rimancipargliela o ricedergliela. Questo sistema garantiva pienamente il creditore, dandogli la proprietà della cosa già del debitore, ed assicurandolo così, che non gli sarebbe stata mai tolta: ma riusciva assai grave pel debitore. Ed in vero fra gli altri inconvenienti per lui, aveva anche quello di privarlo del godimento della medesima. Si cercò di ovviare a quest' inconveniente, mediante una concessione di essa a *precario* o ad affitto, che il creditore ne faceva al debitore, (Isid., *Orig.*, V, 25, 17; Gajo, II, 60), ma raramente il creditore consentiva a privarsi in cotal guisa della detenzione della cosa, per timore che il debitore gliela sottraesse: di ordinario dunque la teneva per sè, e poteva percepirne i frutti, ma doveva imputarli a sconto di debito, diffalcandone il valore dalla somma cui ascendeva il suo credito (Paolo, II, 13, 2). Il pagamento del debito al creditore, non bastava di per sè solo a fare ritornare immediatamente la cosa nel *dominium ex jure quiritium* del debitore; era a quest'uopo necessaria una rimancipazione od una nuova cessione in giure; ciò nonostante se il debitore pagato il suo debito, l'avesse posseduta durante un anno, qualunque fosse stata la causa del suo possesso, ne riacquistava il dominio mediante l'*usureceptio* (Gajo, II, 59). – E poteva riacquistarla ancora senza aver pagato il debito suo, se l'avesse posseduta durante un anno, ma non per causa di rilascio a *precario* od affitto fattogliene dal creditore (Gajo, II, 60). – Siffatta maniera

di garantire il creditore, poneva il diritto del debitore in grave pericolo, perocchè trasferita la proprietà della cosa al creditore, questi poteva alienarla (e come proprietario l'alienava validamente), ed al debitore non rimaneva che l'*actio fiduciæ* esperibile contro il creditore, la quale senza dubbio portava infamia a lui convenuto succombente (*Tab. Herac.*, *sect.* XIII; Cic. *Pro Roscio*, 6, e *Pro Cæcina*, 2), ma che essendo un'azione personale e non reale, non percuoteva la cosa, e non valeva a farla riprendere dalle mani dei terzi: azione che per giunta non passava neppure agli eredi del debitore, se durante la sua vita questi non l'aveva *incoata* (Paolo in *Consult. vet. Jcti.*, VI). Fu quindi introdotto un nuovo mezzo di garantire il creditore, meno pericoloso pel debitore, e questo fu il semplice *pignus*. Il debitore trasferiva al creditore il possesso della cosa che voleva dargli in garanzia, e si poneva così nella fisica impossibilità di disporne: il creditore riteneva quel possesso finchè non era soddisfatto (Isid., *Orig.*, V, 25; fr. 12 *pr.*, *Dig. de distr. pig.*, XX, 5; *cost.* 3, *Cod. de pign.*, VIII, 14), aveva cioè un *jus retentionis* fino ad estinzione del debito; ma il creditore non ebbe nei primi tempi il diritto di far vendere la cosa, e molto meno ebbe preferenza sul prezzo della medesima. Qualche volta per altro, nel momento della costituzione del pegno, il debitore concedeva espressamente al creditore questo diritto di vendere la cosa, e di farsi pagare col prezzo ritrattone; e ciò spiega l'importanza che eziandio i giureconsulti classici diedero a siffatta concessione convenzionale, (Gajo, II, 64; fr. 73, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; fr. 6, § 8, *Dig. communi divid.*, X, 3; fr. 14, § 5, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3), sebbene in seguito essa fosse ritenuta sempre come sottintesa ed implicita (fr. 4, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 12, § 10, *Dig. quæ pot. in pign.*, XX, 4). Ma il creditore che vendeva la cosa, non aveva preferenza sul prezzo ritrattone di fronte agli altri creditori; perchè avesse potuto godere di quella preferenza, sarebbe stato necessario che avesse avuto un *jus in re:* e questo gli mancava nei primi tempi, godendo invece di un semplice possesso protetto dagli interdetti, e del diritto emergente dal rapporto obbligatorio col suo debitore. Il *pignus*, quale l'abbiamo ora descritto, riusciva una garanzia poco solida pel creditore. Senza dubbio egli aveva il possesso, e lo poteva difendere mediante gli interdetti, ma correva pericolo che il debitore mancipasse le cose immobili dategli in pegno (le

quali si potevano mancipare dal proprietario, eziandio quando non ne aveva il possesso), e per conseguenza rimaneva esposto alla *rei vindicatio* del nuovo acquirente. – Era dunque sentito il bisogno di un mezzo, che senza spogliare della sua proprietà il debitore (come faceva la *mancipatio* o l'*in jure cessio,* sebbene accompagnate dalla *fiducia*), assicurasse il creditore più efficacemente di quello che lo assicurava un possesso giuridico (quale gli dava il semplice *pignus*), e gli concedesse un *jus in re,* in forza del quale potesse perseguitar la cosa in mano di chiunque, per venderla e pagarsi a preferenza di chiunque altro, col prezzo ricavato dalla vendita della medesima. – Siffatto mezzo fu introdotto dal pretore Servio, per un caso speciale. Chi affittava un podere, esigeva una garanzia pel pagamento del fitto, ma il fittaiolo non aveva ordinariamente da darla in beni immobili; aveva dei mobili, cioè gli arnesi rusticani, ma non poteva sottoporli al *pignus,* per non mettersi nell'impossibilità, trasferitone il possesso al creditore, di coltivare il podere. Fu allora che il pretore Servio accordò al semplice *patto di ipoteca,* costituita sui mobili e sui frutti del fittaiolo, una *in rem actio,* per mezzo della quale il creditore potè perseguitare queste cose in mano di chiunque, per venderle, e farsi pagare col prezzo ricavatone (fr. 1, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 4, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 44, § 5, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3), mentre il debitore ebbe facoltà di ritenere la proprietà ed il possesso delle medesime, fino al giorno in cui il creditore non sperimentasse quell'azione. – Così per l'autorità del pretore (Teofilo, IV, 6, § 7), il patto dell'ipoteca senza bisogno di tradizione, produsse un *jus in re* a favore del creditore: opponibile ai terzi, e che gli diede una preferenza sul prezzo ricavato dalla vendita della cosa ipotecata, e la facoltà di perseguitarla in mano di chiunque. – Ammesso una volta, che dal patto di ipoteca nascesse un *jus in re* nel caso speciale ora indicato, il principio fu generalizzato, e fu esteso per analogia anche all'antico *pignus.* L'*actio Serviana,* fu estesa ad altri casi, come *actio quasi Serviana,* l'antica *fiducia,* l'antico *pignus* sparirono, ed in luogo loro subentrarono il *patto dell'ipoteca,* ed il *contratto di pegno.* Da quest'ultimo, fu ritenuto che dovesse nascere l'*actio in rem* introdotta dal pretore per l'ipoteca (*Instit.*, § 7, *de act.*, IV, 6). Il contratto di pegno (*contractus pignoratitius*), appartiene, come vedremo, alla categoria dei contratti reali: è contratto che per conseguenza si perfeziona

con la consegna della cosa, senza bisogno di altra formalità (fr. 1 e fr. 23, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 4, *Dig. de fide instrum.*, XXII, 4). Il patto di ipoteca (*pactum hypothecæ*) può concludersi senza bisogno di tradizione; basta la dichiarazione della volontà delle parti, esprimente l'intenzione loro di concluderlo (fr. 3, § 2, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4; *cost.* 9, *Cod. quæ res pign.*, VIII, 17), intenzione che può perfino essere indotta da qualche atto che la presupponga (*cost.* 2, *Cod. eod.*, VIII, 17). Ma le cose le quali non possono essere vendute senza alcune formalità, abbisognano delle medesime, eziandio per essere oppignorate od ipotecate (fr. 1, § 2, 4, e fr. 2, *Dig. de reb. eor. qui sub tut.*, XXVII, 9; *cost.* 22, *Cod. de adm. tut.*, V, 37; *cost.* 2, *Cod. de curat. fur.*, V, 70).

2° *Pegno testamentario.*

§ 205. Per testamento, in sicurezza dei legatari e dei creditori (fr. 26 *pr. Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 9, *Dig. de ann. legat.*, XXXIII, 1; fr. 12, *Dig. de alim.*, XXXIV, 1; *cost.* 1, *Cod. com. de legat.*, VI, 43), può essere costituito un diritto di pegno e di ipoteca. Ciò fu stabilito da rescritti di Settimio Severo e di Antonino Caracalla. Allora il gius *in re* si acquista dalla persona a cui favore fu costituito, nel momento della morte del testatore (fr. 26 *pr.*, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 12, *Dig. de alim. leg.*, XXXIV, 1). - Se alla morte del testatore il debito, a garantire il quale fu costituito il pegno e l'ipoteca, non esisteva ancora, l'*jus in re* ha vita dal dì in cui il debito comincerà ad esistere.

b) Pegno necessario.

1° *Pegno giudiciale.*[1]

§ 206. In due casi il pegno può derivare dall'autorità del giudice.

α) Il pretore per costringere il debitore recalcitrante, poteva

[1] Il Codice nostro conosce un' *ipoteca giudiciale*, che era ignota al diritto Romano, perocchè bene sia diversa *dal pegno giudiziale romano*, nelle sue due forme di *pignus prætorium* e di *pignus judiciale*.

Infatti pel Codice nostro l'ipoteca giudiziale deriva da sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarci-

immettere il creditore in possesso di una cosa determinata o di tutti i beni del debitore, *missio in bona,* o *in possessionem* (fr. 26 *pr.*, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 3, § 1, *Dig. de reb. eor. qui sub tut.*, XXVII, 9). Chi aveva ottenuta quest'immissione in possesso aveva la detenzione della cosa o dei beni del debitore, con la facoltà di provvedere alla loro conservazione, e con l'obbligo di amministrare (vedi *Introd.*, § 235, lett. *b*). Il pretore difendeva con un interdetto il *missus* contro chiunque lo disturbasse. Se questa *missio* era data contro un debitore già condannato, o che dovesse ritenersi *pro damnato,* il *missus* aveva ancora il diritto di vendere; ed in tal caso essa rassomigliava assolutamente ad un pegno, e si chiamava perciò *pignus prætorium* (fr. 26 *pr.*, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 3, § 1, *Dig. de reb. eor. qui sub tut.,* XXVII, 9; fr. 12, *Dig. pro emtore,* XLI, 4; *Cod. tit. de præt. pign.*, VIII, 22). Giustiniano diede al *missus,* eziandio la *hypothecaria in rem actio* (*cost.* 2, *Cod. de præt. pign.*, VIII, 22). Per costui l'*jus in re* comincia dal momento in cui è immesso nel possesso (fr. 26, § 1, *Dig. de pignorat. act.,* XIII, 7). Il nome di *pi-*

mento dei danni. Questa sentenza produce ipoteca sui beni del condannato a favore di chi l'ha ottenuta (art. 1970).

Per diritto Romano una sentenza non produceva mai tale effetto. La *missio in bona* che il pretore accordava al creditore nei beni del debitore, era un mezzo di esecuzione contro un debitore già condannato o che si doveva ritenere *pro damnato*; e lo stesso carattere *di mezzo di esecuzione reale* aveva la *pignoris capio*, che veniva ordinata sui beni del debitore che aveva confessato il debito, o che era stato condannato a pagarlo, ed il quale non lo pagava dentro il termine assegnatogli.

Pel Codice nostro le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di una eredità giacente, od accettata con benefizio di inventario (art. 1971).

Le sentenze degli arbitri non producono ipoteca se non dal giorno in cui sono rese esecutive con provvedimento dell'autorità giudiziaria competente (art. 1972).

Le sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere non producono ipoteca sui beni situati nel regno, se non quando ne sia stata ordinata l'esecuzione dalle autorità giudiziarie del regno, salvo le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali (art. 1973).

L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenenti al debitore, ma quanto a quelli che sono da lui *acquistati dopo la condanna*, l'iscrizione non può prendersi se non *a misura che pervengono al debitore* (art. 1986).

Del resto ancora questa ipoteca per avere effetto deve essere *pubblica,* cioè *iscritta* (art. 1965, 1981).

Deve essere iscritta sopra beni *specialmente indicati* e per *somma determinata in danaro* (art. 1965).

Se la somma *non è determinata* dalla sentenza, l'iscrizione può prendersi per somma che determinerà il creditore nella nota per l'iscrizione (argomentasi dall'art. 1992).

Eziandio l'iscrizione di questa ipoteca giudiziale, conserva l'ipoteca per 30 anni, scorsi i quali, vuole essere rinnovata (art. 2001).

gnus prætorium rimase a questa specie di pegno, ancorquando la facoltà, prima esclusivamente propria del pretore di dare la *missio in bona,* fu attribuita a qualunque altro giudice (*cost.* 1, 2, *Cod. de præt pign.*, VIII, 22).

β) Un secondo caso, in cui il pegno ha vita per l'autorità del giudice, è quello della *pignoris capio,* la quale consisteva nel prendimento di possesso, che gli esecutori facevano per ordine del giudice, di tanti oggetti propri del condannato, quanti si credevano necessari per pagare il debito col loro prezzo. Dopo due mesi dal dì di questo sequestro, il giudice faceva vendere tali beni, e col prezzo retratto pagava il creditore, il quale dal momento del sequestro, acquistava un diritto di pegno sulle cose così sequestrate (*Cod. si in causa judicati pignus captum sit,* VIII, 23). Questa *pignoris capio* era ordinata, ora come mezzo di costringimento, ora di punizione ai contumaci, e talvolta (per una costituzione di Antonino Pio) come mezzo di esecuzione contro il debitore che aveva confessato il debito, o che era condannato per una sentenza passata in stato di cosa giudicata, ed il quale non pagava dentro il termine assegnatogli (*Instit.*, § 3, *de satisd. tut.,* I, 24; fr. 1, § 3, *Dig. de inspic. ventre,* XXV, 4; fr. 9, § *ult.*, *Dig. ad legem Jul. peculat.*, XLVIII, 13; fr. 15 *pr.*, fr. 31, *Dig. de re judic.,* XLII, 1). Il gius di pegno che ha vita in quest' ultimo caso, si dice *pignus in* od *ex causa judicati captum,* o *rei judicatæ pignus captum* (fr. 40, *Dig. de re judic.*, XLII, 1; fr. 9, *Dig. de minor.*, IV, 4; fr. 10, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4; fr. 74, § 1, *Dig. de evict.*, XXI, 2; *cost.* 2, 3, *Cod. si in causa judic.*, VIII, 23), e dai moderni scrittori è detto *pignus judiciale.* Ha vita dal momento dell'esecuzione reale (fr. 26, § 1, *Dig. de pignorat.. act.*, XIII, 7; fr. 61, *Dig. de re in judic.*, XLII, 1; fr. 10, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4).

1° *Pegno legale.*[1]

§ 207. La legge in alcuni casi, accorda immediatamente al creditore un diritto di pegno o di ipoteca. In diritto Romano si dice allora, che l'ipoteca si stabilisce tacitamente (*tacite*) e si chiama

[1] Pel Codice civile italiano, l'ipoteca *legale* è conceduta:

1° Al venditore od altro alienante sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (art. 1969, n° 1).
Il conservatore delle ipoteche, nel trascrivere un atto di alienazione, deve iscrivere di uffizio e sotto pena dei danni tal'ipoteca legale spettante all'alienante. Tale iscrizione non ha luogo se viene presentato un atto pubblico, od

hypotheca tacita (e dai commentatori odierni è detta *ipoteca legale*). Ipoteca tacita, perchè si considera come resultante da una tacita convenzione, quasi *id tacite convenerint* (fr. 3, 4 *pr.*, fr. 6,

una scrittura privata autenticata da notaio e accertata giudizialmente, da cui resulti che gli obblighi furono adempiuti (art. 1985).

2° Ai coeredi, ai soci, ed altri condividenti sopra gli immobili caduti nell' eredità, società, o comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli (art. 1969, n° 2).

3° Al minore ed all' interdetto sui beni del tutore (art. 1969, n° 3). Il tutore, che non sia l' avo paterno o materno, e che per conseguenza sia tenuto a dare cauzione (se non ne è dispensato, art. 292) nella somma determinata dal consiglio di famiglia, ove non preferisca altro modo di cauzione, è per legge obbligato a lasciare iscrivere sopra quei beni di sua proprietà, che verranno dal consiglio stesso indicati, l' ipoteca legale. Il consiglio di famiglia può con deliberazione *omologata dal tribunale*, estendere o ristringere l' iscrizione di tale ipoteca, ed anche autorizzarne la cancellazione, nel progresso della tutela (art. 293). Quest' ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti, deve essere iscritta nel termine di 20 giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia, che l ha ordinata, l' iscrizione *deve essere presa per cura* del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima. L' iscrizione *può essere richiesta* ancora dal minore e dall' interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, come pure dai loro parenti; e dal procuratore del re di uffizio (art. 1983, e 1984). Le persone *obbligate* a prendere l' iscrizione dell' ipoteca legale in discorso, se non obbediscono a tale obbligo nel termine stabilito sono tenute al risarcimento dei danni, ed incorrono in una multa estendibile a Lire 1000. Inoltre il tutore ed il protutore possono essere rimossi dalla tutela o protutela (art. 1984).

4° Alla moglie sui beni del marito per la dote e per i lucri dotali.

Quest' ipoteca se non è stata limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, ha luogo su tutti quelli che il marito possiede nel *momento in cui* la *dote* è *costituita*, ancorchè il *pagamento* di essa non avesse luogo che *posteriormente*.

Riguardo alle somme dotali provenienti da successione o donazione, l'ipoteca non ha luogo che dal giorno dell' apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno (art. 1964. n° 4).

L' ipoteca legale spettante alla moglie *deve* per cura del marito e del notaio che ha ricevuto l' atto di costituzione della dote, *essere iscritta* nel termine di 20 giorni dalla data dell' atto. Quando l' ipoteca non sia ristretta a determinati beni, deve il notaio far dichiarare dal marito la situazione dei beni da lui posseduti colle indicazioni della loro natura, del comune o comuni in cui si trovano, del numero del catasto o delle mappe censuarie e di tre almeno dei suoi confini. L' iscrizione dell' ipoteca legale spettante alla moglie *può* in ogni caso essere richiesta da chi ha costituito la dote, ed anche dalla moglie senza bisogno di autorizzazione (art. 1982) e dal procuratore del re di uffizio (art. 1984). Ancora coloro che *sono obbligati* a prendere l' iscrizione dell' ipoteca legale spettante alla moglie se non adempiono a tale obbligo nel termine stabilito sono tenuti al risarcimento dei danni ed incorrono nella multa di lire 1000 (art. 1984).

L' iscrizione dell' ipoteca legale della moglie conserva il suo effetto *senza la rinnovazione durante il matrimonio, e per un anno successivo* allo scioglimento del medesimo (art. 2004).

5° Allo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale, e di polizia, compresi in essi i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziari.

Quest' ipoteca può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura, e giova anche alla parte civile pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna.

Alle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa (art. 1969, n° 5).

7 *pr.*, *in quib caus. pign.*, XX, 2; *cost.* 3, 7, *Cod.*, VIII, 15). L'ipoteca legale è *generale* o *speciale.*

§ 208. Hanno ipoteca *legale generale:*

1° Il fisco:

a) sui beni dei sottoposti alle imposizioni, per garanzia del pagamento delle medesime (*cost.* 1, *Cod. in quib. caus. pign. tac.*, VIII, 15; *cost.* 1, *Cod. in f. si propt. public.*, IV, 46);

b) sui beni dei suoi amministratori, per garanzia delle obbligazioni resultanti dalla loro gestione (fr. 46, § 3, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14);

c) sui beni di coloro che contrattarono seco, per garanzia delle obbligazioni resultanti dal contratto (*cost.* 2, *Cod. in quib. caus. pign. tac.*, VIII, 15; *cost.* 2, 3, *Cod. de privil. fisci*, VIII, 73; *cost.* 2, *Cod. de serv. pign. dat.*, VII, 8).

2° I pupilli, i minori, ed i sottoposti sui beni dei loro tutori e curatori, per sicurezza delle obbligazioni resultanti dalla tutela e dalla cura. Quest'ipoteca ha vita dal dì in cui l'amministrazione loro ebbe principio, o avrebbe dovuto aver principio (*cost.* 20, *Cod. de adm. tut.*, V, 37; *cost. un.*, § 1, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13; *nov.* 118, *cap.* 5 *in f.*; *cost.* 7, § 5 *in f.*, e *cost.* 7, § 5, *Cod. de Curat. fur.*, VI, 75).

3° I figli:

a) sui beni del padre e della madre loro, per sicurezza dei diritti che possono spettare ad essi, pel passaggio alle seconde nozze dei loro genitori, *lucra nuptialia* (*cost.* 6, § 2, e *cost.* 8, § 4, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9);

b) sui beni del padre per garanzia di ciò che essi hanno avuto dalla madre o dagli ascendenti materni, e che il padre amministra (*cost.* 8, § 5, *Cod. de sec. nupt.*, V, 9; *cost.* 6, § 4, *Cod. de bon. quæ lib.*, VI, 61).

4° Il marito, ed in generale chi ha il diritto di esigere una dote, per ottenerla, sui beni di chi si è obbligato a costituirla (*cost. un.*, § 1, *Cod. de rei ux. act.*, V, 13).

5° La moglie:

a) per la restituzione eventuale della dote, sui beni del marito, o anche del suocero, se quest'ultimo è obbligato a restituirla (*Nov.* 109, c. 1, 2; *cost.* 30, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *costit. un.*, § 1 e 13 *Cod. de rei ux. act.*, V, 13; fr. 22, § 12, *Dig. soluto matrim.*, XXIV, 3; *cost.* 10, *Cod. eod.*, V, 18);

b) per sicurezza dei suoi stradotali (beni parafernali) di cui affidò l'amministrazione al marito, sui beni del marito stesso (*cost.* 11, *Cod. de pact. convent.*, V, 14);

c) per sicurezza della *donatio propter nuptias*, sui beni del marito (*cost.* 29, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *cost.* 12, § 2, *Cod. qui pot. in pign.*, VIII, 18; *Nov.* 109, cap. 1). L'ipoteca per garanzia della restituzione eventuale della dote comincia dal giorno della celebrazione del matrimonio, o dal momento in cui la dote fu costituita, se non lo fu prima del matrimonio (fr. 1, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Spetta non solo alla moglie, ma anche ai suoi eredi, ed a chiunque può chiedere la restituzione della dote, e perciò specialmente al padre di lei (*cost. un.*, *Cod. dei rei ux. act.*, V, 13).

6° Chi può ripetere da un coniuge, rimasto vedovo, il legato fatto a costui dall' altro coniuge defunto, o da un terzo, sotto la condizione che non passi a seconde nozze: per sicurezza del diritto eventuale di ripetere quel legato nel caso che seconde nozze fossero da esso contratte, ha un'ipoteca generale sui beni di tal coniuge rimasto vedovo (*Nov.* 22, cap. 44, § 2, 3, 8, 9).

7° La Chiesa ha un'ipoteca generale sui beni dell'enfiteuta, per garantirsi dalle deteriorazioni del fondo enfiteutico (*Nov.* 7, cap. 3, § 2).

§ 209. Hanno ipoteca *legale speciale:*

1° Il locatore di un fondo urbano su tutte le cose che il conduttore porta nel medesimo, col fine di custodirvele e servirsene secondo lo scopo della conduzione (*invecta et illata*), per garanzia delle obbligazioni resultanti dal contratto di locazione e conduzione (fr. 4 *pr.*, *Dig. de pact.*, II, 14; fr. 2, 3, 4; fr. 6, 7, § 1, *Dig. in quib. caus. pign.*, XX, 2; fr. 32, *Dig. de pign.*, XX, 1). Tale ipoteca compete ancora sulle cose portate nel fondo dal sub-conduttore (fr. 11, § 5, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; *cost.* 5, *Cod. de locat.*, IV, 65), e comincia dal momento che vi furono portate (fr. 11, § 2, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4).

2° Il locatore di un fondo rustico, sui frutti percetti dal fittaiolo, dal dì della percezione, per garanzia delle obbligazioni nascenti dalla locazione e conduzione (fr. 7 *pr.*, *Dig in quib. caus. pign.*, XX, 2; fr. 24, § 1 e fr. 53, *Dig. locati*, XIX).

3° Il sovventore di danaro per la ricostruzione di un edi-

fizio, *ad restitutionem œdificii,* ha un' ipoteca speciale sull' edifizio ricostruito, e sul suolo dal quale si inalza (*pignus insulæ*): ciò per disposizione di Marco Aurelio (fr. 1, *Dig. in quib. caus.*, XX, 2; fr. 21, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 16, § 2; fr. 29, § 2, *Dig. de pign.*, XX, 1).

4° I pupilli sulle cose comprate coi loro danari dal tutore o da un terzo non autorizzato (fr. 5, 6, 7 *pr.*, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4; fr. 3, *Dig. de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9; *cost.* 6, *Cod. de servo pign. dat.*, VII, 8).

5° La donna sulle cose dotali, che il marito non le ha restituito, fino al momento della restituzione, come pure sulle cose comprate col danaro dotale (*cost.* 30, *Cod. de jure dot.*, V, 12; fr. 54, *Dig. de jure dot.*, XXIII, 3).

6° Finalmente per una costituzione di Giustiniano, i legatari e fedecommessari per garanzia dei loro legati e fedecommessi sui beni, che la persona onerata del legato o del fedecommesso, ha ricevuto dal testatore; e se più sono le persone onerate della prestazione di quel legato o fedecommesso, il diritto di pegno e di ipoteca speciale esiste (per la parte del legato o fedecommesso che ognuno è obbligato a prestare), sulla quota ereditaria loro spettante (*cost.* 1, *Cod. comm. de leg.*, VI, 43; *Nov.* 108, cap. 2).

CAPITOLO V.

EFFETTI DEL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA.[1]

§ 210. A valutare questi effetti, è necessario esaminare:

1° I diritti del debitore, che impegnò o ipotecò la cosa.

2° Quelli del creditore.

[1] L' ipoteca *produce effetto* e *prende grado* dal momento della sua **iscrizione**, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente (art. 2007 del Cod. civ.) Il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado; tuttavia se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona o sugli stessi immobili, le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero, facendone menzione nella ricevuta spedita dal conservatore a ciascheduno dei richiedenti (art. 2008).

Le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili concorrono fra loro senza distinzione di grado (art. 2009).

L'iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado le spese dell'atto, quelle dell'iscrizione e rinnovazione, e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione. L'iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve

I. Diritti del debitore.

§ 211. Chi impegnò o ipotecò la cosa propria, ne conserva la proprietà finchè il creditore non l'ha venduta (fr. 12 *pr.*, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; fr. 35, § 1, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; *cost.* 9, *Cod. eod.*, IV, 24). Come proprietario:

a) può usarne e goderne, quando non abbia con qualche convenzione speciale trasferito al creditore questa facoltà: può onerarla di servitù, che non pregiudichino al creditore; può anche onerarla di altre ipoteche (fr. 40, *Dig. de pignorat. act.*, XIII,

inoltre per far collocare allo stesso grado gl'interessi dovuti per le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, fatto a norma dell'articolo 2085, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data.

Le parti possono anche con patto espresso estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori delle sopra accennate, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione (art. 2010).

Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può fare eseguire la relativa annotazione, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni, e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione. Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall'articolo 1962 (art. 2011).

Il creditore ipotecario non pagato, può fare subastare l'immobile che è stato obbligato a garanzia del suo credito (art. 2076) procedere alla spropriazione forzata del medesimo, osservate le norme fissate nel Codice civile al tit. 26 del libro III, e nei modi stabiliti dalle leggi di procedura civile (art. 659 e seg. del Codice di procedura). Seguita la vendita all'incanto, si apre il giudizio di graduazione e di distribuzione del prezzo fra i creditori (vedi Codice civile, art. 2090 a 2092 e Codice di procedura civile, art. 708 a 726).

Il creditore ipotecario, può promuovere il giudizio di spropriazione contro il terzo possessore dell'immobile che gli è stato ipotecato, se questi non ha resa libera la proprietà del medesimo mediante il giudizio di *purgazione*, e non ha rilasciato l'immobile, nè pagato i creditori ipotecari iscritti (art. 2013 e seg. del Codice civile art. 2040 e seg. del Codice stesso, e art. 706 e seg., 729 e seg. del Codice di procedura civile). Noi non parleremo delle regole proprie del giudizio di *spropriazione* degl'immobili, sì contro il debitore, come contro il terzo possessore dell'immobile, nè di quelle dei giudizi di *graduazione* o di *purgazione*; perchè sono queste materie che principalmente attengono alla procedura (vedi l'Appendice V in fondo al volume) soltanto osserveremo che pel Codice nostro, a differenza del diritto Romano, il creditore ipotecario non può di privata autorità vendere le cose che gli sono state ipotecate, bensì deve promuovere un giudizio di spropriazione davanti l'autorità giudiziaria, seguitando una procedura determinata dalla legge per ottenere una sentenza che autorizzi la vendita, ed una procedura pure dalla legge fissata per la graduazione degli altri creditori ipotecari, e per ottenere il pagamento del suo credito.

7; fr. 7, § 2, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; *Instit.*, § 5, *de legatis*, II, 20; fr. 57, *Dig. de legatis*, I, 30; *cost.* 6, *Cod. de fideicomm.*, VI, 42; *cost.* 1, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24; fr. 205, *Dig. de reg. jur.*, L, 17);

b) può alienare la cosa immobile, se non fu convenuto espressamente il contrario; ma se l'aliena senza il consenso del creditore, la cosa passa nel compratore gravata di ipoteca (fr. 18, § 2, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; *cost.* 15, *Cod. de pign.*, VIII, 14; *cost.* 10, *Cod. de remiss. pign.*, VIII, 26; *cost.*, 12, *Cod. de distrah. pign.*, VIII, 28; *cost.* 4, *Cod. de evict.*, VIII, 45). La cosa mobile, venduta da lui ad insaputa e contro la volontà del creditore, al quale era specialmente ipotecata, passa in proprietà del compratore; ma il debitore si rende allora reo di furto, che il diritto Romano riconosce possibile anche sulla cosa propria (fr. 19, § 6, fr. 66, *pr.*, *Dig. de furtis*, XLVII, 2; *Instit.*, § 10, *de oblig. quæ ex delicto*, IV, 1);

c) può disporre per atti di ultima volontà della cosa impegnata od ipotecata (*Instit.*, § 5, *de legat.*, II, 20; fr. 57, *Dig. de legatis*, I, 30; *cost.* 6, *Cod. de fideicomm.*, VI, 42);

d) può rivendicarla, anche dalle mani del creditore, se questi pretende di possedere la cosa ipotecata, ma non oppignorata, o se dopo che è stato pagato, ritiene la cosa oppignoratagli (fr. 40 *pr.*, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 205, *Dig. de reg. juris*, L, 17; *cost.* 9, *Cod. de pignor.*, VIII, 14);

e) tutti gli incrementi di valore della cosa, sono a suo favore, come a suo carico ogni deterioramento accidentale della medesima (fr. 21, § 2, *Dig. de pignor.*, XX, 1; *cost.* 9, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24).

II. Diritti del creditore.

§ 212. Il creditore ha un *jus in re*, un diritto cioè sulla cosa oppignorata od ipotecata. Il pegno gli dà la *possessio ad interdicta*, l'ipoteca nè possesso, nè detenzione (fr. 16, *Dig. de usurpat. et usucap.*, XLI, 3; fr. 3, § 15, *Dig. ad exhibendum*, X, 4; fr. 3, § 8, *Dig. uti possidetis*, XLIII, 17; fr. 3, § 23, *Dig. de acq. vel amit. poss.*, XLI, 2). Ma il creditore ipotecario, quando il debito è divenuto esigibile e non è stato pagato, può procu-

rarsi il possesso, mediante l'azione resultante dal suo diritto (fr. 12 *pr.*, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 1; fr. 66 *pr.*, *Dig. de evict.*, XXI, 2).

2° Ha il diritto di ritenzione sulla cosa oppignorata, e può perseguitarla in mano di chiunque, (fr. 8, *pr.*, § 5, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 16, § 3, *Dig. de pignor.*, XX, 1).

3° Può impegnare il pegno, che ha ricevuto, *sub pignus*, (*cost.* 1, *Cod. si pign. pignori datum sit*, VIII, 24; fr. 13, § 2, *Dig. de pignor.*, XX, 1).

4° Se la cosa impegnata produce dei frutti, il creditore non soltanto può, bensì deve perciperli; ma non per appropriarseli. Il debitore può accordare al creditore il diritto di godere e di fruire della cosa impegnatagli, cioè di perciperne i frutti nel proprio interesse (*cost.* 14, *Cod. de usuris*, IV, 32; fr. 1, § 3, fr. 11, § 1, *Dig. de pignor.*, XX, 1). Siffatta convenzione si chiama anticresi (*antichresis*), ed è lecita quando non sia adoperata a mascherare un imprestito ad usure eccessive. L'anticresi anzi si verifica, senza bisogno di essere espressamente costituita, quando una cosa che produce dei frutti, è data in pegno per sicurezza di un capitale, ricevuto in imprestito gratuito (fr. 8, *Dig. quib. caus. pign.*, XX, 2). In questo caso il creditore ha il diritto di percipere per conto proprio i frutti, fino alla misura del valore degli interessi, che quel capitale per leggi potrebbe rendergli, e che egli legalmente potrebbe esigere dal suo creditore. Il di più deve essere restituito al debitore.

5° Se dentro il tempo fissato, il debitore non paga, il creditore ha diritto di vendere la cosa, e di farsi pagare col prezzo ricavato dalla vendita (*jus distrahendi pignus*, fr. 8, § 5, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 8, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; *cost.* 6, 14, *Cod. eod.*, VIII, 28). Il creditore non può essere privato di questo diritto; e se egli avesse concluso una convenzione che gliene interdicesse l'esercizio, essa sarebbe nulla (Paolo, II, 13, 5; *Cod. Tit. debitorem venditionem pignoris impedire non posse,* VIII, 29). Per altro tale diritto di vendere il pegno, può per convenzione o per testamento essere sottoposto ad alcune limitazioni (*cost.* 3, § 1, *Cod. de jure dominii impetrando,* VIII, 34; fr. 5, *Dig. de pignor. act.,* XIII, 7). Una costituzione di Costantino, (che è la *cost.* 3, *Cod. de pactis pignorum*, VIII, 35), proibì severamente qualunque patto, che abilitasse il creditore

a tenere per sè ed appropriarsi la cosa ipotecata, od impegnata, in caso di non pagamento. Un tal patto chiamasi *pactum commissorium* o *lex commissoria*, come quello che minaccia il debitore della decadenza dal suo diritto (*commissum*). Questo patto è proibito, perchè può riuscire sommamente lesivo pel debitore, quando la cosa da lui impegnata ha un valore molto superiore all'ammontare del debito, per sicurezza del quale l'ha impegnata.

§ 213. Il creditore non pagato, ha diritto per le leggi Romane, di vendere la cosa senza ottenere l'autorizzazione del giudice (*cost.* 4, *Cod. de distract. pign.,* VIII, 28), limitandosi ad annunziare al debitore ed al pubblico, che procede a quella vendita. Deve per altro rispettare queste norme:

1° Quando nel costituire l'ipoteca o il pegno, fu espressamente pattuito che il creditore potesse vendere la cosa, ove non fosse pagato all'epoca fissata, (*si pactus est, ut distrahatur pignus*) il creditore può venderla immediatamente dopo scaduta quell'epoca (*Instit.*, § 1, *quib. al. licet*, II, 8; *cost.* 3, § 1, *Cod. de jure domin. impetrand.*, VIII, 34).

2° Quando niuna convenzione speciale è stata fatta, il creditore, scaduto il debito, deve notificare al debitore che vuol vendere la cosa oppignorata; e dopo cotal notificazione aspettare *due anni per* venderla effettivamente (*cit. cost.* 3, § 1, *Cod. de jure dom. imp.*, VIII, 34).

3° Quando le parti convennero che il pegno non si vendesse (*ne pignus distrahatur*), il creditore deve fare *tre intimazioni* al debitore prima di procedere alla vendita (*cit. cost.* 3, *Cod.*, VIII, 34). Se il creditore non trova un compratore può, dopo una nuova intimazione, dirigersi al Principe, ed ottenere che la cosa gli sia aggiudicata, dietro stima giudiciale. Ma in tal caso, il debitore ha per *due anni* il diritto di ricomprare la cosa (*cit. cost.* 3, *Cod.,* VIII, 34). Nella vendita il creditore agisce in nome del debitore, e come suo mandatario, ed è responsabile di qualunque infedeltà, o cattiva gestione (*cost.* 4 e 9, *Cod. de distract. pign.,* VIII, 28; fr. 29, *Dig. fam. ercisc.*, X, 2).

§ 214. Effetti della vendita, fatta nelle forme legali, sono i seguenti:

Il creditore può esigere il pagamento per intiero sul prezzo ricavato dalla vendita, il di più appartiene al debitore, od al

creditore ipotecario o pignoratizio successivo (fr. 8, § 5, fr. 24, § 2, fr. 35, *pr.*, fr. 42, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7; fr. 9 *pr.*, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; *cost.* 3, § 4, *Cod. de jure dom. imp.*; fr. 12, § 5, fr. 20, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4). Se dal prezzo della vendita non si ricava tanto da pagare per intiero il creditore, il debitore resta obbligato personalmente per il restante (*cost.* 3, § 4, *Cod. de jure dom. impetr.*, VIII, 34).

§ 215. Tali sono gli effetti della vendita, fra debitore e creditore. Relativamente al compratore poi, sono i seguenti. Il compratore acquista la *proprietà libera* della cosa che era ipotecata o impegnata, e che fu venduta in conseguenza di quel pegno o di quell'ipoteca. Questo, quando la cosa era proprietà di chi la ipotecò od impegnò, altrimenti passa nel compratore la *possessio ad usucapionem* (fr. 46, *Dig. de adq. rer. dom.*, XLI, 1; *cost.* 15, e 18, *Cod. de distract. pign.*, VIII, 28; *cost.* 14, § 5, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost.* 2, *Cod. si antiq. credit. pign. vend.*, VIII, 28; *cost.* 6, 7, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10). Tali effetti si verificano quando le formalità prescritte dalla legge sono state osservate, sebbene il creditore nel vendere avesse agito in cattiva fede. La sua cattiva fede, non apre l'adito se non che ad intentare un'azione personale contro di lui (*Cod. tit. si vendito pign. agatur*, VIII, 30).

§ 216. Il diritto di pegno e di ipoteca, non occorre sempre sotto l'aspetto semplice, fin qui veduto. Talora una cosa stessa è impegnata o ipotecata a più persone: sorge allora un conflitto fra i diritti dei più creditori, che addimanda norme speciali per essere regolato. Onde il bisogno di trattare del:

Concorso di più creditori ipotecari. [1]

(*Dig.* lib. XX, tit. 4, *qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt; Cod.*, lib. VIII, tit. 18, *qui potiores in pignore habeantur.*

§ 217. 1° Allorquando più creditori hanno un diritto di pegno

[1] Il Codice nostro espressamente sanziona il principio di giustizia naturale, che chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto a compiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri (art. 1948); per conseguenza dichiara che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori; e che questi tutti vi hanno un uguale

o di ipoteca, sopra la totalità di una cosa stessa, o di uno stesso patrimonio, e che il prezzo ricavato dalla vendita non basta per pagarli tutti per lo intiero, bisogna esaminare chi ha da avere

diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione (art. 1949). Le cause di prelazione che la legge ammette sono i *privilegi* e le *ipoteche* (art. 1950).

Il *privilegio* viene definito dal Codice nostro; come un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla *causa del credito* (art. 1952). È notevole che il credito privilegiato va esente dall'obbligo della iscrizione, ma nonostante è preferito a tutti gli altri crediti *anche ipotecari*. Fra più crediti privilegiati la prelazione viene dalla legge determinata secondo la qualità del privilegio (art. 1953), mentre i crediti ugualmente privilegiati concorrono fra loro in proporzione del loro importare (art. 1954).

Vuolsi qui avvertire la differenza importante fra i crediti privilegiati del diritto Romano, e quelli del Codice nostro.

Nel diritto Romano i privilegi *per sè stessi* non davano origine se non se ad una *azione personale*; per sè stessi non colpivano *la cosa*. Senza dubbio se ad un credito privilegiato era in garanzia per convenzione ipotecata una cosa, il privilegio diveniva *reale*, ed il creditore aveva azione sulla cosa; del pari se la legge a certi crediti privilegiati attribuiva un' *ipoteca tacita*, (come faceva per moltissimi) il creditore privilegiato aveva pure esso azione sopra la cosa; ma prescindendo da questi casi nei quali o per convenzione o per legge ai privilegi andava unita una ipoteca, di per sè non avrebbero avuto nessuno effetto *reale*; di per sè non avrebbèro dato azione sulla cosa; di qui derivava che il *semplice credito privilegiato* era vinto dal credito ipotecario, tuttochè non privilegiato, e non aveva preferenza che sul credito chirografario.

Pel Codice nostro invece i privilegi si considerano come *reali*, e il creditore privilegiato, come dice l'articolo 1953, è preferito a tutti gli *altri crediti anche ipotecari*.

Il Codice nostro ammette privilegi sopra i mobili e sopra gli immobili. I privilegi sopra i mobili poi, sono o privilegi estesi a tutti i mobili del debitore (privilegi *generali*), o privilegi limitati a determinati mobili (privilegi *speciali*) (art. 1955).

Pel Codice Civile italiano i privilegi danno sopra i mobili *un diritto reale* alla pari che sopra gli immobili; ma questo *diritto reale* è esercibile sui mobili finchè il debitore ha il possesso dei mobili stessi; appena questo possesso è cessato il diritto reale cessa di essere esercibile sopra essi, dacchè pel Codice nostro, non meno che pel diritto Francese, vale il principio *mobilia non habent sequelam;* principio che sebbene espresso latinamente, è affatto estraneo al diritto Romano, anzi a quel diritto assolutamente contradittorio; principio connesso con l'altro pure francese, e oggi anche italiano, che in fatto di mobili il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo (art. 707); onde il creditore privilegiato non può perseguitarli in mano loro. Unica eccezione a questa regola, esiste a favore del locatore, il quale può sequestrare i mobili su cui cade il privilegio, qualora dalla casa o dal fondo locato sieno stati trasportati altrove *senza il suo assenso*, e conserva sopra essi il privilegio, purchè ne abbia promossa l'azione dentro il termine di 40 giorni dal trasporto, se si tratta di mobili di cui era fornito il fondo rustico; o nel termine di 15 giorni, se si tratta di mobili di cui era fornita la casa, salvi però i diritti acquistati dai terzi dopo il trasporto (art. 1958, n° 3; capoverso ultimo).

Per l'articolo 1956 del Codice nostro hanno privilegio *sulla generalità dei mobili* nell'ordine seguente i crediti riguardanti:

1° Le spese di giustizia fatte per atti conservativi, o di esecuzione sui mobili, nell'interesse comune dei creditori.

2° Le spese funebri necessarie secondo gli usi.

3° Le spese di infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore.

4° Le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua

preferenza nel pagamento. Preferenza che ha grande importanza, perchè il preferito è pagato per intiero col prezzo ricavato dal pegno, quand'anche non restasse nulla per gli altri creditori.

famiglia negli ultimi sei mesi, ed i salari delle persone di servizio per ugual tempo.

Per l'articolo 1957 hanno pure privilegio sulla *generalità dei mobili* del debitore, i crediti dello Stato per ogni tributo diretto dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr'imposte comunali e provinciali. Tale privilegio non si estende al tributo fondario.

Hanno *privilegio speciale:*

1° I crediti dello Stato per i diritti di dogana e di registro, e per ogni altro dazio o tributo indiretto sopra i mobili che ne furono l'oggetto.

2° I crediti dei canoni sopra i frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provenienti dal medesimo. Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso e dell'antecedente.

3° I crediti delle pigioni e dei fitti degli immobili sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e provenienti dai fondi medesimi, o sopra tuttociò che serve a coltivare il fondo affittato, od a fornire il fondo medesimo o la casa appigionata.

Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso, dell'antecedente e delle scadenze successive portate dai contratti di locazione, se questa ha data certa; e solo pel credito dell'annata in corso e della susseguente, se non è certa la data della locazione; in ambidue i casi gli altri creditori hanno il diritto di sottentrare nelle ragioni del conduttore, di sullocare durante il tempo pel quale il creditore esercita il suo privilegio, quantunque ciò fosse vietato nel contratto di locazione, e di esigere le pigioni e i fitti, pagando al locatore tuttociò che gli fosse dovuto con privilegio, e cautelandolo inoltre pel credito non ancora scaduto.

Lo stesso privilegio ha luogo a favore del locatore pei danni arrecati agli edifizi e fondi locati, per le riparazioni che sono a carico del conduttore, la restituzione delle scorte, e tuttociò che concerne l'esecuzione del contratto.

Il privilegio sopra attribuito al locatore sui mobili di cui è fornita la casa od il fondo locato, comprende non solo quelli di proprietà dell'inquilino od affittuario, e del subinquilino o subaffittuario, ma anche quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, salvo che si tratti di cose derubate o smarrite, ovvero sia provato che il locatore al tempo dell'introduzione sapeva che le cose introdotte spettavano ad altri.

Il privilegio sopra le cose che servono a fornire l'immobile locato od alla sua coltivazione, se esse appartengono al subaffittuario, ha luogo per ciò che questi deve, senza tener conto delle anticipazioni.

4° I crediti dipendenti dal contratto di masserìa, mezzadrìa o colonìa parziaria, tanto in favore dei locatori quanto dei coloni, sulla parte respettiva dei frutti, e sui mobili di cui sono forniti il fondo e la casa concessi a masserìa.

5° Le somme dovute per le sementi ed i lavori di coltivazione e raccolta dell'annata, sui frutti della raccolta.

6° Il credito della persona a cui favore fu costituito il pegno, sopra i mobili di cui il *creditore è in possesso*. Ne parleremo trattando del contratto di pegno.

7° Le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento dei mobili, sopra gli stessi mobili conservati o migliorati, *sempre che si trovino ancora presso coloro che fecero le dette spese.*

8° Le somministrazioni e le mercedi dell'albergatore sopra gli effetti del viandante che *sono stati portati e sono tuttora nel suo albergo.*

9° Le spese di trasporto, di dogana e di dazio, sopra gli effetti trasportati che *rimangono ancora presso colui che li trasportò*, o che sono stati da

In generale, i creditori, i diritti dei quali sono sincroni, hanno cioè avuto vita alla stessa epoca, *sono uguali in condizione.* Per conseguenza ognuno di essi ha il diritto di far vendere la cosa: e tutti insieme si dividono il prezzo retratto dalla vendita *pro rata,* ossia in proporzione dell'ammontare dei loro crediti (fr. 20, § 1, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 16, § 8, *Dig. de pign.*, XX, 1). Ciò non pertanto, se l'uno di essi avesse per avventura il giusto possesso della cosa, sarebbe preferito. Qui vale il principio: *melior est causa possidentis.* In questo solo caso, la condizione del creditore pignoratizio, è migliore di quella dell'ipotecario, (fr. 10, *Dig. de pignor.*, XX, 1; fr. 14, *Dig. qui pot. in pign.*, XX, 4).

2° Se le ipoteche hanno avuto origine in tempi diversi, vale la regola: *prior in tempore, potior in jure.* Questo si chiama

lui consegnati, sempreché in quest'ultimo caso gli effetti si trovino ancora presso il consegnatario e l'azione venga promossa entro tre giorni dalla consegna.

10° I crediti di indennità per abusi o prevaricazioni commesse dagli ufficiali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, sui valori dati per malleva-doria, e sugli interessi che ne fossero dovuti.

11° Le somme dovute dai contabili dello Stato dei Comuni o di altri corpi morali per fatti dipendenti dalle loro funzioni, sui valori dati per mallevadoria e relativi interessi.

L'ordine dei privilegi sopra i mobili è regolato dagli articoli 1959 e 1960 del Codice.

Finalmente hanno privilegio sugli immobili:

1° Il credito per le spese di giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gli immobili spropriati, ed è preferito a qualunque altro credito (art. 1961).

2° I crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr' imposte comunali e provinciali, sopra gli immobili tutti del contribuente situati nel territorio del Comune in cui il tributo si riscuote, e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali d'esecuzione autorizzati dalla legge.

3° Hanno pure privilegio i crediti dello Stato, pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto, sopra gli immobili che ne furono l'oggetto. Tale privilegio non può pregiudicare ai diritti reali di ogni genere acquistati sul fondo dai terzi, prima del trasferimento soggetto alla tassa, e non può neppure farsi valere contro i terzi possessori dell'immobile per supplemento di tassa. Lo stesso privilegio inoltre per quanto riguarda le tasse di successione non ha effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e nemmeno a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 1962).

Pel Codice nostro i crediti privilegiati sebbene esenti dall'obbligo dell'iscrizione (l'abbiamo detto) sono preferiti agli ipotecari; gli ipotecari ai chirografari. La legge regola la prevalenza fra loro dei crediti privilegiati (art. 1956, 1959, 1960, 1963). Pochissimi sono i crediti privilegiati *sugli immobili,* (pel Codice nostro) talchè i crediti ipotecari poco ne soffrono. Fra i crediti ipotecari hanno preferenza quelli la cui *iscrizione* è più antica, *prior in tempore* (2007, 2008).

privilegium temporis (*cost.* 4, *Cod. qui potiores*, VIII, 18; fr. 2, 8, fr. 11, *pr.*, fr. 12 *pr.*, § 2, 10: fr. 14, *Dig. eod.*, XX, 4: *cost.* 2, 6, 8, 12, § 1, *Cod. eod.*, VIII, 18). Tal regola per altro, va sottoposta alle seguenti eccezioni:

a) L'ipoteca costituita per un atto pubblico (*instrumentum publice confectum*), cioè per un atto eseguito per via di un notaro pubblico, o per un atto *quasi pubblico* (*instrumentum quasi publice confectum*), cioè per un atto sottoscritto almeno da 3 testimoni ineccezionabili, per disposto dell'imperatore Leone, ha una preferenza assoluta sull'ipoteca costituita senza queste formalità (*cost.* 11, *Cod. qui potiores*, VIII, 18); siffatta disposizione è intesa ad impedire le fraudolenti falsificazioni delle date. Fra più ipoteche pubbliche, la più antica prevale.

b) L'ipoteca alla quale la legge accorda un privilegio (*privilegium*), prevale alle altre sebbene anteriori in tempo; ha un *jus prælationis*. Il *potior in jure* vince il *prior in tempore*.

A) Le ipoteche privilegiate.

§ 218. Vediamo quali sieno tali creditori privilegiati.

1° Hanno ipoteca privilegiata i creditori, i danari dei quali servirono al debitore per acquistare ricostruire o conservare nel suo pristino stato la cosa ipotecata ad un altro. Essi hanno un diritto di preferenza su questa cosa, per la somma spesa a quell'uopo, e per gli interessi. Ed il perchè ce lo dice Ulpiano: *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* (fr. 3, § 1, *Dig. qui potiores*, XX, 4. Vedi ancora fr. 5, 6, *pr.*, fr. 7, fr. 21, § 1, *Dig. eod.*) Ma affichè questo favore possa essere reclamato, è necessario:

a) che il creditore si sia fatto costituire un'ipoteca nel momento dell'imprestito, quando il suo credito non sia tale, che di per sè porti un'ipoteca legale;

b) che il danaro sia stato effettivamente impiegato nella cosa, per lo scopo sopra indicato, *in rem versum* (fr. 5, *Dig. qui potiores*, XX, 4; *cost.* 7, *Cod. eod.*, VIII, 18).

2° Il *fisco* ha un'ipoteca privilegiata per le imposizioni arretrate. Il fisco ha pure un privilegio sui beni di quelli che contrattano con lui, ma tal privilegio non vince l'anteriorità

del tempo (fr. 28, *Dig. de jure fisci*, XLIX, 14; fr. 22, § 1, *Dig. eod.*; fr. 8, *Dig. qui potior.*, XX, 4).

3° La *moglie* ha, per i suoi crediti dotali, un' ipoteca privilegiata tanto sui beni dotali, quanto sugli altri beni del marito (*cost.* 30, *Cod. de jure dot.*, V, 12; *cost.* 12, § 1, *Cod. qui pot.*, VIII, 18; *Instit.*, § 29, *inf. de action.*, IV, 6; *Nov.* 97, cap. 2; *Nov.* 109, cap. 1). Tal privilegio, introdotto da Giustiniano, passa ai suoi discendenti, ma non agli altri eredi (*cost.*, 12, § 1, *Cod. qui pot.*, VIII, 18; *Nov.* 91, cap. 1).

§ 219. Le persone, che hanno le ipoteche privilegiate ora indicate, possono far valere il diritto di ipoteca a preferenza di altri creditori anteriori in data; ma può avvenire che eziandio fra i creditori privilegiati, vi sia conflitto di diritti. Le costituzioni imperiali su questo proposito non sono chiarissime, quindi sono insorté gravi controversie per stabilire l' ordine fra i diversi creditori ipotecari privilegiati. A noi sembra più sicuro l' ordine seguente:

1° Il fisco per le sue imposizioni.

2° Chi ha imprestato danaro per comprare una *militia*, ossia un uffizio pubblico lucroso, alienabile, e trasmissibile agli eredi. (*cost. ult.*, *Cod. de pign.*, VIII, 14, *Nov.* 53, cap. 5); ma è necessario che con atto sottoscritto da testimoni, si sia riserbato la preferenza sugli altri creditori, altrimenti viene dopo la moglie (*Nov.* 97, cap. 4).

3° La moglie ed i suoi discendenti, per la sua dote (*cost.* 12, § 1, *Cod. h. t.*, VIII, 18; *Nov.* 97, cap. 3 e 4).

4° Quei creditori privilegiati, i quali possono provare che il danaro da essi imprestato, è stato impiegato per la conservazione della cosa già ipotecata ad altri (*in rem versio*). Vedi *Nov.* 97, cap. 3. Fra questi il creditore più recente ha preferenza sugli altri più antichi, perchè l' ultimo imprestito ha conservato la cosa, anche sul creditore anteriore in tempo (ciò si argomenta dai fr. 5 e 6, *Dig. h. t.*, XX, 4).

5° Il fisco per i suoi crediti resultanti da un contratto. Se in una di queste cinque classi concorrono più creditori, bisogna esaminare se l' uno merita preferenza sugli altri per ragione della priorità o della pubblicità del suo titolo, altrimenti concorrono tutti *pro rata*, ossia in proporzione dell' ammontare dei loro crediti.

B) LE IPOTECHE NON PRIVILEGIATE.

§ 220. Dopo le ipoteche privilegiate vengono le non privilegiate, senza distinguere se sono *legali*, *convenzionali* o *testamentarie*. Fra queste, la più antica prevale alla più recente (fr. 11, *pr., Dig. qui pot.,* XX, 4; *cost.* 8, *Cod. eod.,* VIII, 18), ma chi può provare la sua ipoteca con un atto pubblico o semi-pubblico, deve essere preferito a chi la può provare soltanto mediante un atto privato (*cost.* 11, *h. t.,* VIII, 18). Fra più ipoteche pubbliche, l'anteriore prevale alla posteriore (*Nov.* 91, cap. 1). Quando più ipoteche hanno la stessa data (e per diritto Romano si guarda anche all'ora del giorno, per escludere la stessa data, se l'ora fosse indicata) chi è in possesso della cosa viene preferito (fr. 10, *Dig. de pign.*, XX, 1). A condizioni uguali nel tempo, nel titolo, e nel possesso, concorrono tutti i creditori *pro rata* (fr. 16, § 8, *Dig. de pign.*, XX, 1).

§ 221. Il creditore, primo nell'ordine delle diverse ipoteche, gode solo di tutte le facoltà contenute nel diritto di *pignus*. E perciò:

1° Egli solo ha il diritto di far vendere la cosa per ottenere pagamento del suo credito; ha le azioni ipotecarie senza limitazione alcuna, e può intentarle contro chiunque; eziandio contro il creditore posteriore, che fosse in possesso della cosa, e contro il terzo, che l'avesse comprata da un creditore posteriore (fr. 12 *pr., Dig. qui potiores in pign.,* XX, 4).

2° Ha il diritto di farsi pagare sul prezzo ricavato dalla vendita, quand'anche egli solo lo assorbisse tutto. Se vi è un avanzo, un eccedente, deve renderne conto agli altri creditori, ed all'antico proprietario (fr. 20, *Dig. qui pot.*, XX, 4; fr. 15, § 2, *Dig. de pign.*, XX, 1).

§ 222. I diritti dei creditori posteriori sono dunque assai limitati. Non possono far vendere la cosa, senza l'autorizzazione del creditore anteriore; non hanno neppure mezzo alcuno per costringerlo a procedere alla vendita (fr. 1 e 5 *pr., Dig. de distract. pign.*, XX, 5; *cost.* 7, *Cod. de oblig. et act.*, IV, 10; *cost.* 8, *Cod. qui potiores*, VIII, 18; fr. 6 *pr., Dig. de pign. act.,* XIII, 7). Una eccezione esiste pel fisco (fr. 1, § 21, *Dig. de jure fisci,* XLIX, 14). Ma di fronte ai terzi, possono far valere i loro diritti in qualunque modo, specialmente mediante l'azione ipotecaria. Se il

creditore anteriore vende la cosa impegnata, l'ipoteca dei creditori posteriori si estingue, e non rimane loro altro diritto se non quello di chiedere che sia loro dato il residuo del prezzo dopo avere pagato il creditore anteriore (fr 12, § 5, fr. 20, *Dig. qui pot.*, XX, 4; *cost.* 1, *Cod. si antiq. cred.*, VIII, 20; *cost.* 6 e 7, *Cod. de oblig. et act.*, IV, 10). I creditori posteriori, possono ciò nonostante migliorare le loro condizioni, facendosi surrogare nei diritti di un creditore anteriore qualunque, anche privilegiato. Si intende facilmente come questa surroga sia lecita, quando il creditore anteriore consente a cedere ad un altro creditore posteriore il suo credito, e l'ipoteca a quello inerente (*cost.* 8, *Cod. de hered. vel act. vend.*, IV, 39; fr. 6, *Dig. eod.*, XVIII, 4; *cost.* 2 e 14, *Cod. de fidejus.*, VIII, 41). Ma in alcuni casi, giova avvertirlo, quella surroga avviene senza che il creditore anteriore intervenga per operarla. Eccoli:

1° Il debitore, che prende in imprestito una somma di danaro per pagare un debito ipotecario, può surrogare il nuovo creditore nei diritti dell'antico, senza che questi intervenga all'atto, é senza che gli altri creditori possano opporvisi (fr. 3, *Dig. quæ res pignori*, XX, 3; fr. 12, § 8, *Dig. qui potiores*, XX, 4; *cost.* 1, *Cod. eod.*, VIII, 18).

2° Il compratore di una cosa ipotecata, che impiega il prezzo di compra per pagare dei creditori ai quali la cosa era ipotecata, o per pagare uno di essi, è surrogato o subingrede nei diritti di coloro che egli paga. Siffatto compratore, nel caso ora esemplificato, acquista per finzione di legge un *pignus*. Diciamo per finzione di legge, perchè un *pignus* sulla cosa propria non potrebbe aversi, essendo il *pignus* un *jus in re aliena*. Lo scopo di tale finzione è di garantirgli il possesso tranquillo della cosa comprata, con l'impedire agli altri creditori di far vendere la cosa, che ha acquistata (fr. 17, *Dig. qui pot.*, XX, 4; fr. 3, § 1, *Dig. de distract. pign.*, XX, 5; *cost.* 3, *Cod. qui pot.*, VIII, 108).

3° Se il debitore ed il creditore, sostituiscono ad un antico credito, pel quale una ipoteca era costituita, un credito nuovo, questo nuovo credito a rigore dovrebbe prendere posto dopo tutti gli altri crediti ipotecari già esistenti; ma fra debitore e creditore si può stabilire, che il nuovo credito sarà sostituito all'antico per tutti i rapporti, e così anche per la priorità del diritto di ipoteca (fr. 3 *pr.*, fr. 12, *Dig. qui potiores*, XX, 4).

4° Finalmente, un creditore ipotecario posteriore può obbligare qualunque altro creditore ipotecario anteriore, a cedergli il suo posto, mediante il pagamento del credito di lui, e degli accessori (*cost.* 22, *Cod. de pign.*, VIII, 14: *cost.* 1 e 5, *Cod. qui potiores*, VII, 18). Siffatto subingresso avviene per la somma pagata, o depositata nel luogo dei depositi giudiciali, quando il creditore rifiutasse di accettarla. Questo diritto che spetta a tutti i creditori ipotecari fra loro, è chiamato: *jus offerendæ pecuniæ*, o *jus offerendi* (fr. 2 *pr., Dig. de distract. pign.*, XX, 5). In generale l'*jus offerendæ pecuniæ* ha per iscopo di ottenere e di conservare il diritto di pegno, di mettere chi esercita questo *jus offerendi* nel possesso della cosa, e di impedire così qualunque alienazione, che fosse contraria ai suoi interessi. Tal diritto per altro, non può essere esercitato se non che dai creditori, i quali hanno un'ipoteca sulla cosa, non dagli altri (*cost.* 10, *Cod. qui potiores*, VIII, 18). Tuttavia fu permesso al mallevadore di farsi surrogare nei diritti del creditore ipotecario, che lo costringe a pagare pel debitore (*cost.* 2, *Cod. de fidejussor.*, VIII, 41).

CAPITOLO VI.

AZIONI RESULTANTI DAL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA.

§ 223. Alcune sono *petitorie*, altre *possessorie*.

A) AZIONI PETITORIE.

Petitoria è l'azione ipotecaria. - Quest'azione, che da primo era accordata soltanto al locatore di un fondo rustico, sui mobili e frutti ipotecati per contratto, in garanzia del fitto, si chiamava *actio Serviana*. Poi per analogia fu data come *actio quasi Serviana seu hypothecaria*, ad ogni creditore ipotecario, e fu applicata tanto al pegno quanto all'ipoteca. L'azione *ipotecaria* o *Serviana*, o *pignoratitia*, giacchè oggi con questi nomi si indica indifferentemente così l'azione nascente dal pegno, come quella nascente dall'ipoteca; è dunque l'azione con la quale il creditore fa valere l'*jus in re*, ossia il diritto che ha sulla cosa impegnata od ipotecata. L'attore, che vuole esercitarla, deve provare:

1° L'esistenza del debito per sicurezza del quale il *pignus*

era stato costituito (*cost.* 10, *Cod. de pignorat. act.*, IV, 24; *cost.* 1, *Cod. si pign. conv. num. pecun. secuta non fuerit*, VIII, 33).

2° Il diritto di proprietà di chi ha costituito il pegno.

3° La costituzione del pegno (fr, 23, *Dig. de probat.*, XXII, 3). Constatati questi fatti, l'attore può agire, purchè per altro abbia interesse ad agire, vale a dire purchè il suo credito sia esigibile, ed egli abbia da temere pericoli pel suo diritto. - L'azione ipotecaria è diretta contro chiunque impedisce al creditore ipotecario di far valere il suo diritto nell'estensione che la legge gli accorda, in altri termini, contro il possessore della cosa impegnata o ipotecata (fr. 16, § 3, *Dig. de pign.*, XX, 1). Scopo di quest'azione si è, che il diritto di *pignus* sia riconosciuto come appartenente al creditore (fr. 12 *pr.*, *Dig. qui potiores*, XX, 4). In conseguenza di questa recognizione, egli consegue il possesso della cosa impegnata, e si pone in grado di esercitare il suo diritto. - Il reo convenuto può evitare la condanna, o abbandonando il possesso della cosa, o estinguendo il diritto dell'attore, vale a dire pagando il debito in forza del quale l'attore agisce (fr. 16, § 3, e 6; fr. 21, § 3, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 2, 12, § 1, *Dig. quib. mod. pign. solv.*, XX, 6; *cost.* 19, *Cod. de usuris*, IV, 32). Se egli non fa nulla di tutto questo, è condannato alla restituzione della cosa e suoi accessorii (fr. 16, § 6, *Dig. de pignor.*, XX, 1; fr. 66 *pr.*, *Dig. de evict.*, XXI, 2). Ma al reo convenuto possono spettare diverse eccezioni:

1° La *præscriptio temporalis*, che è di 10 o di 20 anni, se egli reo convenuto ha acquistato il possesso in virtù di un giusto titolo e di buona fede, vale a dire ignorando che la cosa fosse ipotecata all'attore (fr. 16, § 3, *Dig. de pign.*, XX, 1; fr. 21, § 3, *Dig. eod.*). La *præscriptio longissimi temporis* può essere opposta dopo 30 anni dal terzo possessore, ma il debitore ed i suoi eredi non possono opporla che dopo 40 anni (*cost.* 3, *Cod. de præscript. 30 vel 40 ann.*, VII, 39, *cost.* 7, *eod.*). Tale *præscriptio longissimi temporis* non comincia a decorrere, che dal momento in cui il creditore ha potuto esercitare il suo diritto, che è ordinariamente il momento della scadenza del debito.

2° L'*exceptio excussionis*. - Se il creditore intenta l'azione ipotecaria contro un terzo possessore, questi può obbligarlo ad escutere personalmente il debitore, prima di perseguitare la cosa ipotecata (*Nov.* 4, *cap.* 2). Siffatta eccezione, creata da Giusti-

niano, è detta ordinariamente *beneficium excussionis personale*, in contrapposto ad un' altra eccezione, detta *beneficium excussionis reale*, che si esprimenta quando il debitore ha conceduto al creditore una ipoteca generale, e per lo stesso debito anche una ipoteca speciale. - Se allora il creditore vuol fare valere la sua ipoteca generale, il reo convenuto può esigere che l'attore prima escuta la cosa specialmente ipotecata, e che escuta la cosa affetta dall' ipoteca generale soltanto in caso di insufficienza della ipoteca speciale (*beneficium excussionis reale*, vedi *cost.* 2, *Cod. de pign.*, VIII, 14; *cost.* 9, *Cod. de distract. pign.*, VIII, 28).

3° Il reo convenuto possessore di buona fede, che deve subire le conseguenze dell' azione ipotecaria, può costringere l'attore a cedergli i suoi diritti, ed azioni, contro il debitore.

B) Azioni possessorie.

§ 224. Il creditore, che ha un pegno, avendo il possesso giuridico della cosa impegnata, può valersi degli interdetti *retinendæ et recuperandæ possessionis* (fr. 16, *Dig. de usurpat.*, XLI, 3). Il creditore ipotecario, non avendo nè la detenzione della cosa, nè il quasi possesso del suo diritto, non ha alcuna azione possessoria. Nel caso che aveva dato luogo all' azione *Serviana*, il pretore *Salvius* (che non è Salvio Giuliano, come taluno potrebbe forse supporre) creò un interdetto *adipiscendæ possessionis*, che fu detto *interdictum Salvianum* (Gajo IV, 147; *Instit.* § 3, *de interdictis*, IV, 15; fr. 2, § 3, *Dig. eod.*, XLIII, 1). Tale interdetto competeva al locatore di un fondo rustico, ed aveva per iscopo di dare all' attore il possesso degli oggetti ipotecati per sicurezza del fitto. In seguito, per analogia fu dato come interdetto *quasi Salviano*, a qualunque creditore ipotecario contro chi costituì l'ipoteca (*cost.* 1, *Cod. de prec. et Salv. interd.*, VIII, 9).

CAPITOLO VII.

ESTINZIONE DEL DIRITTO DI PEGNO E D'IPOTECA.[1]

(*Dig.*. lib. XX, tit. 6, *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur; Cod.* lib. VIII, tit. 26: *de remissione pignoris*, tit. 31, *de luitione pignoris*, VIII, 31.)

§ 225. Il diritto di pegno e di ipoteca si estingue:

1° Per distruzione della cosa impegnata (fr. 8 *pr.*, *Dig. quib.*

[1] Le ipoteche pel Codice (art. 2029) si estinguono:

1° Coll' estinguersi dell' obbligazione principale a garanzia della quale furono costituite.

2° Colla distruzione totale dell' immobile gravato, (art. 2029); se l'estinzione fosse *parziale*, l' ipoteca rimarrebbe nella sua integrità sopra la parte che non fu distrutta, perchè l'ipoteca è un diritto *indivisibile* (art. 1964); ed il creditore ipotecario trattandosi di ipoteca convenzionale avrebbe diritto ad un supplemento di ipoteca, ed in mancanza, al pagamento del suo credito (art. 1980).

Osserveremo qui che se le cose soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita e il deterioramento. Per altro gli assicuratori sono liberati, qualora paghino dopo 30 giorni dalla perdita o dal deterioramento senza che siasi fatta opposizione. Lo stesso si dica delle somme dovute per causa di spropriazione forzata per pubblica utilità, o di servitù imposta dalla legge (art. 1951).

3° Colla rinunzia del creditore; la quale è da ritenere che anche pel Codice nostro possa essere sì *espressa* come *tacita*, giusta i principii del diritto Romano.

4° Col pagamento dell' intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione.

5° Con lo spirare del termine a cui furono limitate.

6° Col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta.

7° Aggiungeremo ancora con la risoluzione dei diritti del debitore che l'ha imposta; imperocchè coloro che hanno sull' immobile un diritto sospeso da una condizione, o risolubile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, non possono costituire che una ipoteca soggetta alle medesime eventualità, ad eccezione dei casi in cui la legge espressamente dispone che la risoluzione o rescissione non è operativa a danno dei terzi (art. 1976).

8° Finalmente le ipoteche si estinguono con la prescrizione; la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie con la prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di 30 anni secondo le regole stabilite nel titolo della prescrizione (art. 2030). A questo proposito noteremo che l' iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione dell' ipoteca (art. 2127).

Le ipoteche rinascono col credito, se il pagamento viene dichiarato nullo (art. 2031); ma rinascendo prendono solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata (art. 2032).

Ricordiamo che l' iscrizione conserva l' ipoteca per trent' anni dalla sua data; e che l' effetto della iscrizione cessa se non è rinnovata prima della scadenza del detto termine (art. 2001).

Relativamente alle azioni nascenti dal diritto reale di ipoteca osserveremo che il Codice in più luoghi fa menzione di *azione ipotecaria*, e dell' *agire ipotecariamente* (art. 1510, 1215, 1029, 1033, 418, ec). Riconosce dunque l' *actio quasi Serviana* o *hypothecaria* del diritto Romano.

mod. pign. solv., XX, 6). Un semplice cambiamento nella cosa, non opera l'estinzione del diritto. - Quindi è, che se l'edifizio ipotecato rovina, l'ipoteca continua a gravitare sul suolo, e per conseguenza anche sull'edifizio che potesse esservi in seguito ricostrutto di nuovo (fr. 18, § 3; fr. 21, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; fr. 16, § 2; fr. 29, § 2; fr. 35, *Dig. de pign.*, XX, 1).

2° Per confusione, quando cioè il debitore diviene erede del creditore, o quando il creditore diviene proprietario della cosa impegnata o ipotecata (fr. 29, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 9 *pr.*, *Dig. quib. mod. pign. solv.*, XX, 6; fr. 30, § 1, *Dig. de except. rei jud.*, XLIV, 2).

3° Pel decorso del tempo pel quale fu concesso, o per la revoca del diritto di chi l'ha concesso.

4° Per la renunzia del creditore. - Tale renunzia può essere espressa e tacita (fr. 9, § 3, *Dig. de pignor. act.*, XIII, 7; fr. 5, *pr.*, *Dig. quib. mod.*, XX, 6), o tacita. - Si presume che il creditore rinunzi al suo diritto di pegno o di ipoteca:

a) se restituisce al debitore la cosa impegnata, od i suoi titoli o atti costituenti la ipoteca (*cost.* 7, e 9, *Cod. de remiss. pign.*, VIII, 26);

b) se permette espressamente al debitore di vendere ad un terzo la cosa impegnata o ipotecata, senza riserbarsi il proprio diritto di pegno (fr. 158, *Dig. de reg. juris*, L, 17; fr. 4, § 1, *Dig. quib. mod.*, XX, 6, *cost.* 2, *Cod. de remiss. pign.*, VIII, 26);

c) se permette espressamente al debitore di impegnare o di ipotecare la cosa a favore di altri (fr. 9, § 1; fr. 12 *pr.*, *Dig. quib. mod.*, XX, 6; fr. 12, § 4, *Dig. qui potiores*, XX, 4). Tal permesso e quell'antecedente, non essendo necessari, la concessione loro si interpreta come rinunzia;

d) se avvertito, non fa valere i suoi diritti dentro i termini legali (*cost.* 7, *Cod. de remiss. pign.*, VIII, 26).

e) Finalmente il pegno, e l'ipoteca si estinguono quando un terzo, il quale non riconosce il suo diritto dal debitore, usucapisce la cosa impegnata o ipotecata (fr. 12, *Dig. de div. temp. præscript.*, XLIV, 3; *cost.* 1, 2, *Cod. si adv. cred. præscript.*, VII, 36; *cost.* 19, *Cod. de evictionibus*, VIII, 45; *cost.* 7, *Cod. de obligat. et act.*, IV, 10; *cost.* 8 *pr.*, *de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.*, VII, 39). Fin quì del modo di estinzione del diritto di pegno e di ipoteca in generale. Ma vi sono eziandio dei *modi di estinzione*

speciali, *e propri dell' indole di questo diritto*. - E sono i seguenti:

1° Il pagamento integrale del debito, pel quale erano stati costituiti l'ipoteca o il pegno, (fr. 9, § 3, 5; fr. 13 *pr.*, *Dig. de pign. act.*, XIII, 7; fr. 6 *pr.*, *Dig. quib. mod. pign.*, XX, 6; fr. 18, *Dig. de novat. et delegat.*, XLVI, 2; *cost.* 3, *Cod. de luitione pign.*, VIII, 31). L'estinzione parziale del debito, non cagiona l'estinzione parziale dell'ipoteca e del pegno; seguitano a sussistere come prima, pel residuo debito, perchè sono un diritto indivisibile (fr. 9, § 3, *Dig. de pignorat. act.*, XIII, 7; *cost.* 2, *de inutil. stipulat.*, VIII, 29).

2° La vendita del pegno legalmente fatta dal creditore. Siffatta vendita estingue non solamente il diritto del creditore che fa vendere, ma ancora quelli dei posteriori (*cost.* 1, *Cod. si antiq. cred.*, VIII, 28, *cost.* 6, *Cod. qui pot. in pign.*, VIII, 18, *cost.* 6, e 7, *Cod. de oblig. et act.*, IV, 10).

APPENDICI.

Sono qui raccolti molti articoli del Codice che non hanno corrispondenza nel testo dell' opera siccome relativi a materie, omesse in quella, in tutto od in massima parte, perchè non proprie di un *Corso di Istituzioni di Diritto Romano.* Qualcheduno fra gli articoli riuniti nei seguenti Appendici, è citato nelle note, ove la connessione delle materie lo permetteva, ma la maggior parte è omessa.

APPENDICE I.

§ 1. SULLE FORMALITÀ DEL MATRIMONIO.

70. La celebrazione del matrimonio deve essere preceduta da due pubblicazioni da farsi per cura dell' uffiziale dello stato civile.

L' atto di pubblicazione indicherà il nome, il cognome, la professione, il luogo di nascita e la residenza degli sposi, se essi siano maggiori o minori di età, e il nome, il cognome, la professione e la residenza dei genitori.

71. Le pubblicazioni devono essere fatte nel comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza.

Se la residenza attuale duri da meno di un anno, le pubblicazioni devono pur farsi nel comune della residenza precedente.

72. Le pubblicazioni si fanno alla porta della casa comunale in due domeniche successive.

L' atto resterà affisso nell' intervallo tra l' una e l' altra pubblicazione e per tre giorni successivi.

73. La richiesta delle pubblicazioni deve farsi da ambidue gli sposi personalmente, o dal padre o dal tutore, o da persona munita da essi di mandato speciale ed autentico.

La promessa di matrimonio fatta in conformità dell' articolo 54 autorizza la richiesta delle pubblicazioni.

74. L' uffiziale dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni, se non gli consta del consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso è necessario.

75. Se l' uffiziale dello stato civile non crede di potere procedere alle pubblicazioni, ne rilascerà certificato esprimente i motivi del rifiuto.

Se il richiedente crede ingiusto il rifiuto, può ricorrere al tribunale, il quale provvederà, premesse le conclusioni scritte del pubblico ministero.

76. Il matrimonio non può essere celebrato prima del quarto giorno dall' ultima pubblicazione.

77. Le pubblicazioni si considerano come non avvenute, se il ma-

trimonio non è celebrato nel termine dei cento ottanta giorni successivi.

78. Il re o le autorità a ciò delegate potranno per gravi motivi dispensare da una delle pubblicazioni. In questo caso sarà fatta menzione della dispensa nell'unica pubblicazione.

Può anche essere concessa per cause gravissime la dispensa da ambedue le pubblicazioni, mediante la presentazione di un atto di notorietà col quale cinque persone, ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento, davanti al pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli, indicando esattamente il nome e cognome, la professione e la residenza dei medesimi, e dei loro genitori, e di poter assicurare sulla loro coscienza, che nessuno degli impedimenti stabiliti dagli articoli 56, 57, 58, 59, 60, 61 e 62 si oppone al loro matrimonio.

Il pretore dovrà far procedere all'atto di notorietà la lettura dei detti articoli ed una seria ammonizione ai dichiaranti sull'importanza della loro attestazione e sulla gravità delle conseguenze che ne possono derivare.

79. Gli sposi debbono presentare all'uffizio dello stato civile del comune in cui intendono di celebrare il matrimonio;

Gli estratti dei loro atti di nascita;

Gli atti di morte, o le sentenze che provino lo scioglimento o la nullità dei precedenti loro matrimoni;

Gli atti comprovanti il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui è dalla legge richiesto;

Il certificato delle seguite pubblicazioni, o il decreto di dispensa;

Tutti gli altri documenti che, nella varietà dei casi, possono essere necessari a giustificare la libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia.

80. Se uno degli sposi fosse nell'impossibilità di presentare l'atto della sua nascita, potrà supplirvi con un atto di notorietà formato dinanzi al pretore del luogo o della sua nascita o del suo domicilio.

L'atto di notorietà conterrà la dichiarazione giurata di cinque testimoni dell'uno o dell'altro sesso, ancorchè parenti degli sposi, in cui con tutta esattezza e precisione essi indicheranno il nome e cognome, la professione e residenza dello sposo e dei suoi genitori se conosciuti, il luogo e, per quanto sarà possibile, il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre l'atto corrispondente e le cause di scienza di ciascun testimonio.

81. Il consenso degli ascendenti, qualora non sia dato personalmente innanzi l'uffiziale civile, deve constare da atto autentico, il quale contenga la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro.

L'atto esprimerà pure il nome e cognome, la professione e residenza, e il grado di parentela delle persone che danno il consenso.

Il consenso del consiglio di famiglia o di tutela deve constare da una deliberazione contenente le indicazioni predette.

82. Il padre, la madre, e in mancanza d'ambidue, gli avi e le avole possono fare opposizione al matrimonio dei figli e discendenti per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del medesimo, quand'anche i figli o discendenti maschi abbiano già compiuti gli anni venticinque, e le femmine gli anni ventuno.

83. Non essendovi alcun ascendente, possono fare opposizione il fratello e la sorella, lo zio e la zia e i cugini germani maggiori di età:

1° Per mancanza del consenso richiesto dall'articolo 65;

2° Per l'infermità di mente di uno degli sposi.

84. Per le cause indicate nel precedente articolo potranno anche

fare opposizioni il tutore o il curatore che siano a ciò autorizzati dal consiglio di famiglia.

85. Il diritto di fare opposizione compete altresì al coniuge della persona che vuole contrarre un altro matrimonio.

86. Trattandosi del matrimonio della vedova in contravvenzione all'articolo 57, il diritto di fare opposizione spetta ai prossimi di lei ascendenti e a tutti i parenti del primo marito.

Nel caso di un precedente matrimonio annullato, il diritto di fare opposizione spetta pure a colui col quale il matrimonio aveva avuto luogo.

87. Il pubblico ministero deve sempre far opposizione al matrimonio, se conosca ostarvi qualche impedimento.

88. Ogni atto di opposizione deve esprimere la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla, le cause dell'opposizione, e contenere l'elezione di domicilio nel comune ove siede il tribunale civile nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio.

89. L'atto sarà notificato nella forma delle citazioni agli sposi e all'uffiziale dello stato civile, dinanzi al quale il matrimonio deve essere celebrato.

90. L'opposizione fatta da chi ne ha la facoltà, per causa ammessa dalla legge, sospende la celebrazione del matrimonio sino a sentenza definitiva passata in giudicato, per la quale sia rimossa l'opposizione.

91. Se l'opposizione è respinta, l'opponente, ove non sia un ascendente, od il pubblico ministero, potrà essere condannato al risarcimento dei danni.

92. Le disposizioni di questo capo e del precedente non si applicano al re ed alla famiglia reale.

93. Il matrimonio deve essere celebrato nella casa comunale e pubblicamente innanzi all'uffiziale dello stato civile del comune, ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza.

94. Nel giorno indicato dalle parti l'uffiziale dello stato civile alla presenza di due testimoni, ancorchè parenti, darà lettura agli sposi degli articoli 130, 131 e 132 di questo titolo; riceverà da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie, e di seguito pronunzierà in nome della legge che sono unite in matrimonio.

L'atto del matrimonio sarà compilato immediatamente dopo la celebrazione.

95. La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie non può essere sottoposta nè a termine nè a condizione.

Se le parti aggiungessero un termine o una condizione e vi persistessero, l'uffiziale dello stato civile non potrà procedere alla celebrazione del matrimonio.

96. Essendovi necessità o convenienza di celebrare il matrimonio in un comune diverso da quello indicato nell'articolo 93, l'uffiziale dello stato civile richiederà per iscritto l'uffiziale del luogo dove il matrimonio si deve celebrare.

La richiesta sarà menzionata nell'atto di celebrazione e sarà in esso inserita.

Nel giorno successivo alla celebrazione del matrimonio, l'uffiziale avanti il quale fu celebrato, manderà copia autentica dell'atto all'uffiziale da cui venne la richiesta.

97. Se uno degli sposi per infermità, o per altro impedimento giustificato all'uffizio dello stato civile, è nell'impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'uffiziale si trasferisce col segretario nel luogo in cui

si trova lo sposo impedito, ed ivi alla presenza di quattro testimoni seguirà la celebrazione del matrimonio giusta la disposizione dell'articolo 94.

98. L'uffiziale dello stato civile non può rifiutare la celebrazione del matrimonio se non per causa ammessa dalla legge.

In caso di rifiuto, ne rilascerà certificato con indicazione dei motivi.

Se le parti credono ingiusto il rifiuto, provvederà il tribunale, sentito il pubblico ministero, salvo sempre il richiamo alla corte di appello.

99. Nei matrimoni del re e della famiglia reale l'uffiziale dello stato civile è il presidente del senato del regno.

Il re determina il luogo della celebrazione, la quale potrà anche farsi per procura.

100. Il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini, o tra un cittadino ed uno straniero, sarà valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e il cittadino non abbia contravvenuto alle disposizioni contenute nella sezione seconda del capo I di questo titolo.

Le pubblicazioni devono anche farsi nel regno a norma degli articoli 70 e 71. Se lo sposo cittadino non ha residenza nel regno, le pubblicazioni si faranno nel comune dell'ultimo domicilio.

101. Il cittadino che ha contratto matrimonio in paese estero deve, nei tre mesi dal suo ritorno nel regno, farlo inscrivere nei registri dello stato civile del comune dove avrà fissata la sua residenza, sotto pena di una multa estendibile a lire cento.

102. La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese, a cui appartiene.

Anche lo straniero però è soggetto agli impedimenti stabiliti nella sezione seconda del capo I di questo titolo.

103. Lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel regno, deve presentare all'uffiziale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che giusta le leggi da cui dipende nulla osta al divisato matrimonio.

Se lo straniero è residente nel regno, deve inoltre far seguire le pubblicazioni secondo le disposizioni di questo codice.

104. Il matrimonio contratto in contravvenzione agli articoli 55, 56, 58, 59, 60 e 62, può essere impugnato dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale.

Dalle stesse persone può essere impugnato il matrimonio celebrato dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei testimoni prescritti.

Decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio, la domanda di nullità per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile non è più ammessa.

105. Il matrimonio può essere impugnato da quello degli sposi, del quale non sia stato libero il consenso.

Quando vi fu errore nella persona, l'azione di nullità compete a quello degli sposi che fu indotto in errore.

106. Non è più ammissibile la domanda di nullità per le cause espresse nell'articolo precedente, se vi fu coabitazione continuata per un mese dopo che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà, o conosciuto l'errore.

107. L'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità dall'altro coniuge.

108. Il matrimonio contratto senza il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela può essere impugnato dalle persone delle quali era richiesto il consenso, e da quello degli sposi a cui il consenso era necessario.

Non può essere impugnato dal figlio che aveva compiuto gli anni veutuno quando lo contrasse.

109. L'azione di nullità nel caso dell'articolo precedente non potrà essere promossa nè dai coniugi, nè dai parenti dei quali fosse richiesto il consenso, quando il matrimonio sia stato da questi ultimi espressamente o tacitamente approvato, o quando, dopo la notizia del contratto matrimonio, siano trascorsi sei mesi senza loro richiamo.

Parimente l'azione non potrà essere promossa dal coniuge che dopo raggiunta la maggior età, ha lasciato trascorrere sei mesi senza far richiamo.

110. Il matrimonio contratto da persone delle quali anche una sola non fosse pervenuta all'età fissata, non potrà più essere impugnato: 1° quando siano trascorsi sei mesi dopo compiuta l'età richiesta; 2° quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta incinta.

111. Il matrimonio contratto prima che gli sposi o l'uno di essi avesse l'età fissata, non può essere impugnato dagli ascendenti, nè dal consiglio di famiglia, o di tutela, che vi abbiano consentito.

112. Il matrimonio di chi sia stato interdetto per infermità di mente può essere impugnato dall'interdetto medesimo, dal suo tutore, dal consiglio di famiglia e dal pubblico ministero, se, quando è seguito, eravi già la sentenza definitiva d'interdizione, o se, la infermità, per cui la interdizione fu poscia pronunziata, risulta esistente al tempo del matrimonio.

L'annullamento non potrà più pronunziarsi se la coabitazione continuò per tre mesi dopo rivocata l'interdizione.

113. Il coniuge può in qualunque tempo impugnare il matrimonio dell'altro coniuge: se viene opposta la nullità del primo matrimonio, tale opposizione dovrà essere preventivamente giudicata.

Il matrimonio contratto dal coniuge di un assente non può essere impugnato finchè dura l'assenza.

114. L'azione di nullità non potrà essere promossa dal pubblico ministero dopo la morte di uno dei coniugi.

115. Quando la domanda di nullità sia proposta da uno dei coniugi, il tribunale può sull'istanza di uno di essi, ordinare la loro separazione temporanea durante il giudizio; può ordinarla anche d'uffizio, se ambidue i coniugi od uno di essi siano minori di età.

116. Il matrimonio dichiarato nullo qualora sia stato contratto in buona fede, produce gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli, anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso.

Se un solo dei coniugi sia in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli.

§ 2. Sugli atti dello stato civile.

343. In ciascuna pretura vi sarà un registro delle tutele dei minori o degli interdetti, ed un altro delle cure degli emancipati od inabilitati.

344. Ogni tutore o curatore dovrà far iscrivere nel registro la tutela o la cura entro quindici giorni da quello in cui l'abbia assunta.

Tutti i membri del consiglio di famiglia o di tutela dovranno vegliare perchè la iscrizione venga eseguita. Il pretore la potrà ordinare d'uffizio.

La tutela legale attribuita ai genitori dall'articolo 184 non è soggetta ad iscrizione.

345. Il registro delle tutele conterrà per ciascuna di esse un capitolo speciale nel quale si dovrà annotare:

Il nome e cognome, la condizione, l'età e il domicilio della persona soggetta alla tutela;

Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del tutore, del protutore e degli altri membri del consiglio di famiglia o di tutela;

Il titolo che conferisce la qualità di tutore e di protutore, o la sentenza che pronunciò l'interdizione;

Il giorno in cui si è aperta la tutela;

La data dell'inventario;

La data delle adunanze del consiglio, e l'oggetto delle prese deliberazioni.

346. Nel registro si terrà nota degli stati annuali dell'amministrazione del tutore e dei loro risultati.

347. Trasferendosi la sede della tutela in altra giudicatura, il tutore ne farà dichiarazione nel registro di quella che abbandona e ne procurerà l'iscrizione nel registro dell'altra in cui viene trasferita.

348. Il registro delle cure degli emancipati od inabilitati avrà, per ciascuna di esse, un capitolo speciale nel quale si dovrà annotare:

Il nome, cognome, la condizione, l'età e il domicilio della persona emancipata od inabilitata;

Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del genitore emancipante, o dei membri del consiglio di famiglia o di tutela che deliberarono l'emancipazione;

La data dell'emancipazione, o della sentenza di inabilitazione;

Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del curatore nominato all'emancipato od inabilitato e dei membri del consiglio di famiglia o di tutela;

Il titolo che conferisce la qualità di curatore;

La data delle adunanze del consiglio, e l'oggetto delle prese deliberazioni;

349. Il pretore veglierà la tenuta dei registri, e alla fine d'ogni anno farà rapporto al procuratore del re circa i provvedimenti presi per ottenere l'esecuzione della legge.

I registri saranno tenuti in carta libera e le registrazioni si eseguiranno gratuitamente.

350. Gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono essere formati nel comune in cui tali fatti accadono.

351. Gli atti e le dichiarazioni da farsi dinanzi agli uffiziali dello stato civile si riceveranno in presenza di due testimoni scelti dalle parti interessate, i quali siano di sesso maschile, abbiano compiuto gli anni ventuno e risiedano nel comune.

352. Gli atti relativi allo stato civile enuncieranno il comune, la casa, l'anno, il giorno e l'ora in cui sono formati, il nome, cognome e la qualità dell'uffiziale dinanzi a cui si formano; il nome, cognome, l'età, la professione e il domicilio o la residenza delle persone che vi sono indicate in qualità di dichiaranti e di testimoni, e i documenti presentati dalle parti.

L'uffiziale dello stato civile darà lettura dell'atto, e farà in esso menzione dell'adempimento di questa formalità.

353. Gli atti saranno sottoscritti dai dichiaranti, dai testimoni e

dall'uffiziale: se i dichiaranti o i testimoni non possono sottoscrivere l'atto, si farà menzione della causa dell'impedimento.

354. Le parti interessate, nei casi in cui non siano tenute a comparire personalmente, potranno farsi rappresentare da persona munita di procura speciale ed autentica.

355. Gli uffiziali dello stato civile non potranno enunciare negli atti di cui sono richiesti, se non quelle dichiarazioni e indicazioni che sono per ciascun atto stabilite o permesse.

356. I registri dello stato civile saranno tenuti in doppio originale.

357. I registri, prima di essere posti in uso, saranno vidimati in ciascun foglio dal presidente del tribunale civile, o da un giudice del tribunale delegato dal presidente con decreto da scriversi sulla prima pagina del registro.

In questa prima pagina il presidente o giudice delegato indicherà di quanti fogli sia composto il registro.

358. Gli atti saranno iscritti sui registri di seguito e senza alcuno spazio in bianco.

Le cancellazioni e le postille saranno approvate e firmate prima della chiusa degli atti: non vi saranno abbreviature, e le date saranno sempre scritte in lettere per disteso.

359. Qualunque annotazione sopra un atto già iscritto nei registri, quando sia legalmente ordinata, si farà in margine di esso, a richiesta delle parti interessate, dall'uffiziale dello stato civile nei registri correnti od in quelli depositati negli archivi del comune, e dal cancelliere del tribunale nei registri depositati presso la cancelleria. Per tale effetto l'uffiziale dello stato civile ne darà avviso entro tre giorni al procuratore del re, il quale veglierà acciocchè l'annotazione sia fatta in modo uniforme sui due originali dei registri.

I registri saranno chiusi dagli uffiziali dello stato civile alla fine d'ogni anno con apposita dichiarazione scritta e sottoscritta immediatamente dopo l'ultimo atto iscritto sul registro: ed entro quindici giorni uno degli originali sarà depositato negli archivi del comune, e l'altro presso la cancelleria del tribunale.

361. Le procure e le altre carte annesse agli atti dello stato civile saranno munite del visto dell'uffiziale pubblico, ed unite a quello degli originali che deve rimanere presso il tribunale.

362. I registri dello stato civile sono pubblici; gli uffiziali dello stato civile non possono ricusare gli estratti e i certificati negativi che vengono loro richiesti, e debbono fare le indagini che occorrono ai privati negli atti affidati alla loro custodia.

Gli estratti conterranno tutte le annotazioni che si trovano apposte all'atto originale.

363. Gli atti dello stato civile formati secondo le disposizioni degli articoli precedenti fanno prova fino a querela di falso di ciò che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza.

Le dichiarazioni dei comparenti fanno fede sino a prova contraria.

Le indicazioni estranee all'atto non hanno alcun valore.

364. Se non si saranno tenuti i registri, o si saranno distrutti o smarriti in tutto od in parte, o vi sarà stata interruzione nella tenuta dei medesimi, sarà ammessa la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, tanto per documenti o per iscritture, quanto per testimoni.

Se la mancanza o distruzione, lo smarrimento o l'interruzione fossero accaduti per dolo del richiedente, egli non sarà ammesso alla prova autorizzata con quest'articolo.

365. Il procuratore del re è incaricato di vegliare per la regolare tenuta dei registri, e potrà in ogni tempo verificarne lo stato.

Egli dovrà in ciascun anno procedere alla loro verificazione, quando vengano depositati nella cancelleria del tribunale: formerà coll'opera del cancelliere un processo verbale dei risultati della verificazione, ordinerà il deposito dei registri negli archivi del tribunale e promuoverà l'applicazione delle pene pecuniarie contro coloro che vi abbiano dato luogo, ed anche le rettificazioni richieste dall'interesse pubblico, chiamate le parti interessate.

366. Avvenendo alcuno dei casi espressi nell'articolo 364 il tribunale, sulla istanza del procuratore del re, potrà ordinare che siano rifatti, se è possibile, gli atti omessi, distrutti o smarriti, ovvero che si supplisca alla loro mancanza con atti giudiziali di notorietà, mediante le dichiarazioni giurate almeno di quattro persone informate e degne di fede, chiamate sempre le parti interessate, e senza pregiudizio dei loro diritti.

Se venga a risultare la celebrazione di un matrimonio dinanzi ad un uffiziale dello stato civile incompetente e sia perenta l'azione per impugnarlo, il tribunale, sull'istanza del procuratore del re, potrà ordinare la trasmissione di una copia autentica dell'atto all'uffiziale davanti il quale si sarebbe dovuto celebrare il matrimonio.

367. Gli atti dello stato civile seguiti in paese estero fanno fede quando siansi osservate le forme stabilite dalle leggi del luogo.

È dovere del cittadino che ha fatto procedere ad uno di tali atti, di rimetterne entro tre mesi copia al regio agente diplomatico o consolare di più vicina residenza, salvochè preferisca di trasmetterla direttamente all'uffizio dello stato civile indicato nell'articolo seguente.

368. È in facoltà dei cittadini che si trovano fuori del regno di far ricevere gli atti di nascita, matrimonio, o morte dai regi agenti diplomatici o consolari, purchè si osservino le forme stabilite da questo codice.

I regii agenti diplomatici o consolari e gli uffiziali che ne fanno le veci, devono entro tre mesi trasmettere copia degli atti anzidetti, a loro consegnati o da loro ricevuti, al ministero degli affari esteri, per cura del quale tali atti si faranno pervenire.

Gli atti di nascita all'uffizio dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo, o della madre, se il padre non è conosciuto;

Gli atti di matrimonio all'uffizio dello stato civile dei comuni dell'ultimo domicilio degli sposi;

Gli atti di morte all'uffizio dello stato civile del comune dell'ultimo domicilio del defunto.

369. Il presidente del senato assistito dal notaio della Corona adempierà le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti di nascita, di matrimonio e di morte del re e delle persone della famiglia reale.

370. Gli atti saranno iscritti sopra un doppio registro originale, l'uno dei quali sarà custodito negli archivi generali del regno e l'altro negli archivi del senato a norma dell'articolo 38 dello statuto.

371. Nei cinque giorni successivi al parto si dovrà fare la dichiarazione di nascita all'uffiziale dello stato civile del luogo, a cui sarà altresì presentato il neonato.

L'uffiziale dello stato civile potrà, per circostanze gravi, dispensare dalla presentazione del neonato, accertandosi altrimenti della verità della nascita.

372. Dopo i cinque giorni dalla nascita, la dichiarazione non potrà farsi se non osservato il procedimento stabilito per la rettificazione degli atti dello stato civile.

373. La dichiarazione di nascita deve essere fatta dal padre o da un suo procuratore speciale, in difetto dal dottore di medicina o chirurgia, o dalla levatrice, o da qualche altra persona che abbia assistito al parto, o, se la puerpera era fuori della sua ordinaria abitazione, dal capo della famiglia, o dall' uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il parto.

La dichiarazione può anche essere fatta dalla madre o da persona munita di suo speciale mandato.

L' atto di nascita sarà steso immediatamente dopo.

374. L' atto di nascita deve enunciare il comune, la casa, il giorno e l' ora della nascita, il sesso del neonato e il nome che gli è stato dato.

Se il dichiarante non dà un nome al neonato, vi supplirà l' uffiziale dello stato civile.

Se il parto è gemello, se ne farà menzione in ciascuno dei due atti, esprimendo chi nacque primo, chi secondo.

Quando al momento della dichiarazione di nascita il bambino non fosse vivo, l' uffiziale dello stato civile esprimerà questa circostanza, senza tener conto della dichiarazione che si facesse dai comparenti che il bambino sia nato vivo o morto.

375. Se la nascita è da unione legittima, la dichiarazione deve inoltre enunciare il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre.

376. Se la nascita è da unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore o dei genitori dichiaranti.

Quando la dichiarazione è fatta da altre persone non si enuncerà che il nome e cognome, la professione e il domicilio della madre, se consti per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione.

377. Chiunque trovi un bambino è tenuto a farne la consegna all' uffiziale dello stato civile, colle vesti e cogli altri oggetti ritrovati presso il medesimo, e a dichiarare tutte le circostanze del tempo e luogo in cui sarà stato ritrovato.

Si stenderà della consegna un circostanziato processo verbale che enuncierà inoltre l' età apparente del bambino, il sesso, il nome che gli sarà dato e l' autorità civile in cui verrà consegnato.

Questo processo verbale sarà inscritto sui registri.

378. Quando un fanciullo sia stato consegnato ad un pubblico ospizio, la direzione di esso per mezzo di uno de' suoi impiegati di ciò incaricato, dovrà trasmetterne la dichiarazione scritta, nei tre giorni successivi, all' uffiziale dello stato civile del comune in cui è stabilito l' ospizio, indicando il giorno e l' ora in cui fu raccolto il fanciullo esposto, il sesso, l' età apparente e gli oggetti ritrovati presso il medesimo.

L' amministrazione dovrà pure indicare all' uffiziale dello stato civile il nome e cognome dato al fanciullo e il numero d' ordine in cui sarà iscritto.

379. Nel caso di nascita di un figlio fuori del comune in cui i genitori hanno il domicilio o la residenza, l' uffiziale che avrà ricevuto l' atto, ne trasmetterà entro dieci giorni una copia autentica all' uffiziale dello stato civile del comune suddetto, per essere inserita nei registri colla data del giorno in cui la copia gli sarà pervenuta.

380. Se nasce un bambino durante un viaggio di mare, l' atto di nascita deve formarsi entro le ventiquattro ore sui bastimenti della regia marina, dal commissario di marina o da chi ne fa le veci, e sui bastimenti di privata proprietà, dal capitano o patrone della nave, o da chi ne fa le veci.

L'atto di nascita sarà inscritto a piè del ruolo dell'equipaggio.

381. Nel primo porto cui approderà il bastimento, se il porto è in paese estero e vi risieda un regio agente diplomatico o consolare, il commissario di marina, il capitano od il patrone sono tenuti a depositare presso di lui copia autentica degli atti di nascita che avranno fatti; e se il porto è nel regno, sono tenuti a depositare gli atti originali presso l'autorità marittima, la quale ne farà la trasmissione all'uffiziale dello stato civile indicato nell'articolo 368.

382. L'atto di riconoscimento di un figlio sarà iscritto nei registri coll'indicazione della sua data, e se ne farà menzione in margine dell'atto di nascita, quando vi sia.

383. L'atto di matrimonio deve indicare:

Il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo della nascita, il domicilio o la residenza degli sposi;

Il nome, cognome e domicilio o la residenza dei loro genitori;

Il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui è richiesto, oppure il provvedimento menzionato nell'articolo 67;

La data delle eseguite pubblicazioni od il decreto di dispensa;

La data del decreto di dispensa che sia stata concessa da alcuno degli impedimenti menzionati nell'articolo 68;

La dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio;

Il luogo in cui seguì la celebrazione del matrimonio, nel caso espresso dall'articolo 97, ed il motivo del trasferimento.

La ricognizione della unione degli sposi, che l'uffiziale dello stato civile fa in nome della legge.

384. La sentenza irrevocabile che pronunzi la nullità del matrimonio, deve per cura del cancelliere del tribunale o della corte che l'ha pronunciata e a spese dell'attore essere trasmessa in copia autentica all'uffizio di stato civile del comune in cui esso fu celebrato.

Di questa sentenza si farà annotazione in margine all'atto di matrimonio.

385. Non si darà sepoltura se non precede l'autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile, da rilasciarsi in carta non bollata e senza spesa.

L'uffiziale dello stato civile non potrà accordarla se non dopo che si sarà accertato della morte, o personalmente o per mezzo di un suo delegato, e dopo che siano trascorse ventiquattro ore dalla morte medesima, salvo i casi espressi nei regolamenti speciali.

386. Si estenderà l'atto di morte dall'uffiziale dello stato civile, dopo la dichiarazione di due testimoni che ne siano informati.

387. L'atto di morte enuncerà il luogo, il giorno e l'ora della morte, il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio o la residenza del defunto; il nome e cognome del coniuge superstite, se la persona defunta era congiunta in matrimonio, o del predefunto coniuge, se era vedova; il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio dei dichiaranti.

Lo stesso atto enuncierà inoltre, per quanto si possano sapere, il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre del defunto ed il luogo della sua nascita.

388. In caso di morte in un ospedale, collegio od altro qualsiasi istituto, il superiore o chi ne fa le veci è tenuto a trasmetterne l'avviso, colle indicazioni stabilite nell'articolo precedente, nel termine di ventiquattro ore, all'uffizio dello stato civile.

389. Risultando segni o indizi di morte violenta, od essendovi luogo a sospettarla per altre circostanze, non si potrà seppellire il ca-

davere se non dopo che l'uffiziale di polizia giudiziaria, assistito da un medico o chirurgo, abbia steso il processo verbale sopra lo stato del cadavere e le circostanze relative, come anche sopra le notizie che avrà potuto raccogliere sul nome e cognome, sull'età e professione e sul luogo di nascita e domicilio del defunto.

390. L'uffiziale di polizia dovrà immantinente trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo, dove sarà morta la persona, le notizie enunciate nel suo processo verbale, in conformità delle quali si stenderà l'atto di morte.

391. Nel caso di morte, senza che sia possibile di rinvenire o di riconoscere i cadaveri, il sindaco od altro pubblico uffiziale ne stenderà processo verbale, e lo trasmetterà al procuratore del re, per cura del quale, dopo ottenuta l'autorizzazione del tribunale, il detto processo sarà annesso al registro dello stato civile.

392. Quando si fosse data sepoltura ad un cadavere senza l'autorizzazione del pubblico uffiziale, non sarà ricevuto l'atto di morte, se non dopo sentenza del tribunale pronunziata ad istanza di persona interessata o del pubblico ministero.

La sentenza verrà inserita nei registri.

393. Morendo alcuno nelle prigioni, o nelle case di arresto o di detenzione, l'avviso all'uffiziale dello stato civile sarà dato immediatamente dai custodi o carcerieri.

394. I cancellieri saranno tenuti, entro ventiquattro ore dall'esecuzione di una sentenza di morte, a trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo dove sarà stata eseguita, tutte le notizie enunciate nell'articolo 387, in conformità delle quali si stenderà l'atto di morte.

395. In qualunque caso di morte violenta, o nelle prigioni e case di arresto, o di esecuzione delle sentenze di morte, non si farà nei registri veruna menzione di tali circostanze, e gli atti di morte saranno semplicemente stesi nella forma stabilita dall'articolo 387.

396. Se taluno muore durante un viaggio di mare, l'atto di morte sarà formato dagli uffiziali nominati nell'articolo 380, e si osserveranno le disposizioni dell'articolo 381.

Quando per naufragio di una nave fossero perite tutte le persone dell'equipaggio e tutti i passeggieri, l'autorità marittima, accertato l'infortunio, ne farà inserire una dichiarazione autentica nei registri di ciascuno dei comuni a cui appartenevano le persone morte.

Nel caso che fosse perduta una parte soltanto dell'equipaggio o della gente imbarcata e fra coloro che perirono fossero compresi gli uffiziali sovra indicati, gli atti di morte saranno fermati dai regi consoli all'estero, o dalle autorità marittime nel regno sulle dichiarazioni dei superstiti.

397. Morendo alcuno in luogo diverso da quello della sua residenza, l'uffiziale dello stato civile che riceve la dichiarazione di morte, deve trasmettere entro dieci giorni copia dell'atto all'uffizio dello stato civile del comune in cui il defunto aveva la sua residenza.

398. Le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti concernenti i militari in campagna, o le persone impiegate al seguito delle armate, sono adempiute dagli impiegati designati nei regolamenti.

399. Le dichiarazioni così di nascita come di morte devono essere fatte nel più breve termine possibile, e contenere le indicazioni stabilite nei capi precedenti di questo titolo.

400. Gli uffiziali che compiono le funzioni relative allo stato civile, sono tenuti ad inviare gli atti da essi ricevuti al ministero della guerra o della marina, per cura del quale devono essere trasmessi all'uffiziale dello stato civile indicato nell'articolo 368.

401. Le domande di rettificazione degli atti dello stato civile devono essere proposte davanti il tribunale da cui dipende l'uffizio dello stato civile ove si trova l'atto di cui si chiede la rettificazione.

402. La sentenza di rettificazione non potrà mai essere opposta a quelli che non concorsero a domandare la rettificazione, o non furono regolarmente chiamati nel giudizio.

403. Le sentenze di rettificazione passate in giudicato devono, per cura di chi le ha promosse, essere depositate in copia autentica all'uffizio dello stato civile ove si trova l'atto rettificato.

L'uffiziale dello stato civile farà annotazione della rettificazione in margine dell'atto.

404. Le contravvenzioni alle disposizioni contenute in questo titolo, sono punite in giudizio civile dal tribunale con pena pecuniaria da lire dieci a lire duecento.

L'azione sarà promossa dal pubblico ministero.

405. Ogni alterazione od ommissione colpevole negli atti e nei registri dello stato civile dà luogo all'azione di risarcimento dei danni oltre le sanzioni stabilite dalle leggi penali.

APPENDICE II.

SULLE PROVE.

§ 1.

117. Niuno può reclamare il titolo di coniuge e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile, eccettuati i casi preveduti nell'articolo 364.

118. Il possesso di stato quantunque allegato da ambidue i coniugi, non dispensa dal presentare l'atto di celebrazione.

119. Il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione del matrimonio sana ogni difetto di forma.

120. Non ostante la disposizione degli articoli 117 e 118, se esistono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto come marito e moglie, e siano morte ambedue, la legittimità dei figli non potrà essere impugnata pel solo motivo che manchi la prova della celebrazione del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato che non si trovi in opposizione coll'atto di nascita.

121. Quando vi siano indizi che per dolo o per colpa del pubblico uffiziale l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri a ciò destinati, i coniugi potranno far dichiarare l'esistenza del matrimonio, secondo le regole stabilite nei casi di mancanza degli atti dello stato civile, purchè concorrano le seguenti condizioni:

1° Che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni, o il decreto di dispensa:

2° Che vi abbia prova non dubbia di un conforme possesso di stato.

122. Se la prova della legale celebrazione del matrimonio è fondata sul risultato d'un processo penale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio dal giorno della sua celebrazione tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi quanto ai figli.

123. Incorreranno nella multa di lire 200 estensibile a L. 1000 gli sposi e l'uffiziale dello stato civile che abbiano celebrato matrimonio senza che sia preceduto dalle necessarie pubblicazioni.

124. L'uffiziale dello stato civile, che ammette a celebrare matrimonio persone alle quali osti qualche impedimento, o divieto di cui abbia notizia, sarà punito con multa estendibile da lire 500 a 2000.

Egli incorre nella stessa multa, quando abbia proceduto alla celebrazione del matrimonio per cui non fosse competente, o nel quale le parti abbiano voluto aggiungere un termine o qualche condizione, ovvero senza che siano stati presentati all'uffizio dello stato civile i documenti richiesti dagli articoli 79 e 80.

125. Incorrerà nella multa di L. 100 estensibile a lire 500 l'uffiziale dello stato civile che abbia fatto procedere alla pubblicazione di un matrimonio senza la richiesta o il consenso di ambidue gli sposi, od in contravvenzione all'articolo 74.

126. Incorrerà nella multa stabilita nell'articolo precedente l'uffiziale dello stato civile che in qualunque modo contravvenga alle disposizioni degli articoli 72, 75, 76, 93, 94, 96, 98 e 103, o commetta qualsiasi altra contravvenzione per cui non sia stabilita una pena speciale in questo capo.

127. Quando il matrimonio sia stato annullato per causa di un impedimento conosciuto da uno dei coniugi e lasciato ignorare all'altro, il coniuge colpevole sarà condannato ad una multa non minore di L. 1000 estendibile a lire 3000, ed anche, secondo le circostanze, al carcere estendibile a sei mesi, oltre l'indennità al coniuge ingannato, ancorchè non siasi data la prova specifica del danno sofferto.

128. La donna che contragga matrimonio contro il divieto dell'articolo 57, l'uffiziale che lo abbia celebrato e l'altro coniuge incorrono nella multa di lire 300 estendibile a lire 1000.

La donna decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengano dal primo marito.

129. L'applicazione delle pene stabilite nei precedenti articoli è promossa dal pubblico ministero davanti il tribunale correzionale.

§ 2.

162. Il marito può ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio col provare, che nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, egli era nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie, o per causa di allontanamento, o per effetto di altro accidente.

163. Il marito può anche ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio, se nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita viveva legalmente separato dalla moglie.

Tale diritto non gli spetta, quando vi sia stata riunione anche soltanto temporanea fra i coniugi.

164. Il marito non può ricusare di riconoscere il figlio, allegando la sua impotenza, salvo che si tratti di impotenza manifesta.

165. Il marito non può neppure ricusare di riconoscere il figlio per causa di adulterio, fuorchè quando gli sia stata celata la nascita; nel qual caso egli è ammesso a provare con ogni genere di prova, anche nel giudizio stesso, in cui propone il suo richiamo, così i fatti dell'adulterio e del celamento, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità.

La sola confessione della madre non basta ad escludere la paternità del marito.

166. In tutti i casi nei quali il marito è autorizzato a far richiamo, deve proporre giudizialmente la sua domanda nei seguenti termini:

Entro due mesi quando si trovi nel luogo in cui è nato il figlio;

Entro tre mesi dopo il suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio, od in cui è stabilito il domicilio coniugale, se era assente;

Entro tre mesi dopo scoperta la frode, quando gli si fosse tenuta celata la nascita.

167. Se il marito muore senza aver promossa l'azione, ma prima che sia decorso il termine utile, gli eredi avranno due mesi per impugnare la legittimità del figlio, computabili dal tempo in cui egli sarà entrato nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso.

168. L'azione diretta ad impugnare la paternità sarà proposta contro il figlio se è maggiore d'età, e, se è minore od interdetto, in contraddittorio di un curatore deputato dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso.

Nel giudizio sarà pure in tutti i casi chiamata la madre.

169. La legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio può esser impugnata da chiunque vi abbia interesse.

170. La figliazione legittima si prova coll'atto di nascita iscritto sui registri dello stato civile.

171. In mancanza di questo titolo, basta il possesso continuo dello stato di figlio legittimo

172. Il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di figliazione e di parentela fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere.

I principali fra questi fatti sono:

Che l'individuo abbia sempre portato il cognome del padre che egli pretende di avere;

Che il padre lo abbia trattato come suo figlio, ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento all'educazione ed al collocamento di lui;

Che sia stato costantemente riconosciuto come tale nella società;

Che sia stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia.

173. Nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio legittimo ed il possesso conforme al medesimo.

Parimente non si potrà muovere controversia sopra lo stato legittimo di colui, il quale ha un possesso conforme all'atto della sua nascita.

174 Quando mancano l'atto di nascita ed il possesso di stato, o quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi, o come nato da genitori incerti, ovvero si tratti di supposizione o sostituziono di parto, ancorchè in questi due ultimi casi vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato, la prova di figliazione può darsi col mezzo di testimoni.

Questa prova non può essere ammessa che allora quando vi sia un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gli indizi risultanti da fatti già certi si trovino abbastanza gravi per determinare l'ammissione.

175. Il principio di prova per iscritto risulta dai documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici o privati provenienti da una dèlle parti impegnate nella controversia, o che vi avrebbe interesse se fosse in vita.

176. La prova contraria può darsi con tutti i mezzi propri a dimostrare che il reclamante non sia figlio della donna che egli pretende di

avere per madre, oppure che non sia figlio del marito della madre, quando fosse provata la maternità.

177. L'azione per reclamare lo stato legittimo è imprescrittibile riguardo al figlio.

178. La detta azione non può essere promossa dagli eredi o discendenti del figlio, il quale non abbia reclamato, se non nel caso in cui fosse morto in età minore, o nei cinque anni dopo la sua maggiore età.

Quando l'azione fu promossa dal figlio, potrà essere proseguita dagli eredi o discendenti, se non vi fu recesso, nè perenzione d'istanza.

§ 3.

1312. Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione.

1313. La prova per iscritto risulta da atto pubblico o da scrittura privata.

1314. Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità,

1° Le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato;

2° Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

3° Gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti;

4° I contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni;

5° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni;

6° Gli atti che costituiscono rendite si perpetue come vitalizie;

7° Le transazioni:

8° Gli altri atti specialmente indicati dalla legge.

1315. L'atto pubblico è quello che è stato ricevuto colle richieste formalità da un notaio o da altro pubblico uffiziale autorizzato, nel luogo ove l'atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede.

1316. L'atto che per incompetenza od incapacità dell'uffiziale o per difetto di forma non ha forza di atto pubblico, vale come scrittura privata, quando sia sottoscritto dalle parti.

1317. L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza del notaio o d'altro pubblico uffiziale che lo ha ricevuto.

Ciò non ostante nel caso di querela di falso in via penale, l'esecuzione dell'atto impugnato per falso viene sospesa col mandato di cattura: sino a che non sia rilasciato il mandato di cattura, o nel caso di querela di falso in via civile, l'autorità giudiziaria può a norma delle circostanze sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'atto.

1318. Tanto l'atto pubblico quanto la scrittura privata fanno prova tra le parti anche di quelle cose, le quali non sono state espresse che in modo enunciativo, purchè l'enunciativa abbia un rapporto diretto colla disposizione.

Le enunciative estranee alla disposizione non possono servire che per un principio di prova.

1319. Le contro-dichiarazioni fatte per privata scrittura non possono avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale.

1320. La scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi ed aventi causa.

1321. Quegli contro cui si produce un atto privato, è tenuto a riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi od aventi causa possono limitarsi a dichiarare di non conoscere il carattere o la sottoscrizione del loro autore.

1322. Quando la parte nega il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi o aventi causa dichiarano di non conoscerla, se ne ordina la verificazione giudiziale.

1323. Si hanno per riconosciute le sottoscrizioni autenticate da un notaio.

Il notaio non autenticherà le sottoscrizioni, che non siano apposte alla presenza sua e di due testimoni, premesso l'accertamento dell'indennità delle persone dei contraenti.

1324. Quantunque il carattere o la sottoscrizione sia stata riconosciuta o sia tenuta per tale, la parte contro cui si produce un atto privato, ha sempre il diritto di proporre le sue ragioni contro il contenuto nel medesimo, benchè non abbia fatta alcuna riserva al momento della ricognizione.

1325. La polizza o promessa per iscrittura privata, colla quale una sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutata in quantità, debb'essere scritta per intero di mano di chi la sottoscrive, o per lo meno è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa.

Questa disposizione non si applica alle materie commerciali.

1326. Quando la somma espressa nel corpo dell'atto è diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto come pure il *buono* siano scritti per intero di mano di colui che si è obbligato, ove non si provi in qual parte sia precisamente l'errore.

1327. La data delle scritture private non è certa e computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui esse sono state trascritte o depositate nell'uffizio di registro, dal giorno in cui è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere colui o uno di coloro che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture è comprovata da atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario, o quando la data risulta da altre prove equipollenti.

1328. I libri dei commercianti non fanno fede delle somministrazioni che vi sono registrate, contro le persone non commercianti, ma possono autorizzare il giudice a deferire d'uffizio il giuramento all'una o all'altra parte.

1329. I libri dei commercianti fanno fede contro di essi; ma quegli che vuol trarne vantaggio, non può scinderne il contenuto in ciò che gli è contrario.

1330. I registri e le carte domestiche non fanno fede a favore di colui che le ha scritte, ma la fanno contro di esso,

1° Quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento;

2° Quando contengono una espressa menzione che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore.

1331. Qualunque annotazione posta dal creditore in calce, in margine o nel dorso di un suo titolo di credito, la quale tenda a dimostrare la liberazione del debitore, fa fede, quantunque non porti nè la data nè la sottoscrizione del creditore, ed il titolo sia sempre rimasto presso di lui.

Lo stesso ha luogo per le annotazioni poste dal creditore nel dorso, in margine o in calce del duplicato di un titolo proprio del debitore o di una precedente quietanza, purchè tale documento si trovi presso il debitore.

1332. Le tacche o taglie di un contrassegno corrispondenti a quelle del contrassegno di riscontro fanno fede fra le persone, le quali usano di comprovare con tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono al minuto.

1333. Le copie degli atti pubblici quando sono estratte dall'atto originale e sono autenticate dal notaio o da altro pubblico uffiziale che li ha ricevuti o che è legittimamente autorizzato ad autenticarle, fanno fede come lo stesso originale.

Fanno ugualmente fede le copie delle scritture private, il cui originale si trova depositato in pubblico archivio, quando siano spedite dall'archivista in conformità dei regolamenti.

1334. Fanno la stessa fede le copie degli atti pubblici estratte in conformità dei regolamenti dall'archivista sulla copia autentica depositata nell'archivio dal notaio o da altro pubblico uffiziale, a cui sia dalla legge imposto tale obbligo.

1335. Nei casi enunciati negli articoli precedenti, le parti non possono esigere la presentazione nel luogo del giudizio dell'atto originale, nè della copia depositata nel pubblico archivio, ma possono sempre esigere la collazione della copia coll'originale, e in mancanza di questo colla copia depositata nell'archivio.

1336. In mancanza dell'originale e di una copia depositata in pubblico archivio, le copie autentiche estratte in conformità degli articoli 1333 e 1334 fanno tuttavia piena fede, purché non sieno abrase nè diano luogo in alcun modo a sospetti.

1337. Le copie menzionate nell'articolo precedente possono anche servire di originale affine di estrarre altre copie, qualora si trovino in un pubblico registro, od anche in mano di privati, se d'ordine del giudice, citati gli aventi interesse o di consenso dei medesimi, vengono depositate nell'archivio a ciò destinato.

1338. Le copie, che in mancanza dell'originale o di copia depositata in pubblico archivio, fossero state estratte da pubblici uffiziali a ciò non autorizzati, possono servire di principio di prova, ove siano fatte da più di trent'anni: se sono più recenti, possono secondo le circostanze essere tenute come semplici indizi.

1339. Le copie che si trovassero solo trascritte sui pubblici registri, non possono servire che di principio di prova per iscritto.

1340. L'atto di ricognizione o rinnovazione fa fede contro il debitore, i suoi eredi ed aventi causa, se questi coll'esibizione del documento primitivo non dimostrano che vi è stato errore o eccesso nella ricognizione.

Tra più atti di ricognizione prevale il posteriore di data.

1341. Non è ammessa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione sopra un oggetto, il cui valore eccede le lire cinquecento, ancorchè si tratti di depositi volontari. Non è neppure ammessa tale prova

contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi, ancorchè si trattasse di somma e valore minore di lire cinquecento.

Resta però in vigore quanto è stabilito nelle leggi relative al commercio.

1342. La regola precedente si applica al caso in cui l'azione, oltre la domanda del capitale, contiene quella degli interessi, se questi riuniti al capitale eccedono la somma di lire cinquecento.

1343. Quegli che ha fatta una domanda per una somma eccedente le lire cinquecento, non può essere ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restringesse la sua prima domanda.

1344. Non può essere ammessa la prova testimoniale sopra la domanda di somma anche minore di lire cinquecento, quando sia dichiarato che tale somma è residuo o parte di un credito maggiore, il quale non è provato per iscritto.

1345. Se nel medesimo giudizio una parte fa più domande, delle quali non ha documento in iscritto, e che congiunte insieme eccedono la somma di lire cinquecento, la prova per testimoni non può essere ammessa, ancorchè la parte allegasse che tali crediti provengono da diverse cause, e che furono formati in diversi tempi, purchè simili ragioni non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione od altrimenti.

1346. Tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non sono interamente giustificate per iscritto, devono essere proposte nello stesso giudizio.

Le domande proposte in giudizi successivi non possono provarsi per testimoni.

1347. Le regole sopra stabilite soggiacciono ad eccezione, quando vi è un principio di prova per iscritto.

Questo principio di prova risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propone la domanda, o da quello che egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato.

1348. Le dette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogniqualvolta non è stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui, ovvero il creditore ha perduto il documento che gli serviva di prova per iscritto in conseguenza di un caso fortuito impreveduto e derivante da forza maggiore.

Il primo caso si verifica

1° Nelle obbligazioni che nascono dai quasi-contratti, dai delitti o quasi-delitti;

2° Nei depositi necessari fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio, ed in quelli fatti dai viaggiatori negli alberghi dove alloggiano, od ai vetturini che li conducono, e tutto ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3° Nelle obbligazioni contratte in caso d'accidenti impreveduti che non permettessero di fare atti per iscritto.

1349. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto.

1350. La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o certi fatti. Tali sono

1° Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode delle sue disposizioni;

2° I casi ne' quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze;

3º L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata.

1351. L'autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità.

1352. La presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo.

1353. Non è ammessa veruna prova contro la presunzione legale, quando sul fondamento di essa si annullano certi atti o si nega l'azione in giudizio, salvo che la legge abbia riservata la prova in contrario.

1354. Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti, e solamente nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale.

1355. La confessione è giudiziale o stragiudiziale.

1356. La confessione giudiziale è la dichiarazione che la parte o il suo procuratore speciale fa dinanzi un giudice, ancorchè incompetente.

Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta.

1357. La confessione stragiudiziale è quella che si fa fuori di giudizio.

1358. Se la confessione stragiudiziale è fatta alla parte o a chi la rappresenta, forma una piena prova.

Se è fatta ad un terzo, non può somministrare che un semplice indizio.

1359. La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, qualora si tratti di domanda per cui la legge non ammette la prova testimoniale.

1360. La confessione giudiziale o stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta.

Non può rivocarsi, quando non si provi ch'essa fu la conseguenza di un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto.

1361. Per produrre i suoi effetti la confessione dev'essere fatta da persone capaci di obbligarsi.

La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministrati, se non quando sia fatta nei casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministrati medesimi.

1362. Il giuramento deve sempre prestarsi personalmente e non per mezzo di procuratore.

1363. Il giuramento è di due specie:

1º Quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della controversia, e chiamasi decisorio:

2º Quello che dal giudice viene deferito d'uffizio all'una o all'altra parte.

1364. Il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque specie di controversia civile.

Non si può deferire sopra un fatto delittuoso, nè sopra una convenzione per la cui validità la legge esiga un atto scritto, nè per impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto.

1365. Non può essere deferito che sopra un fatto specifico proprio di colui al quale si deferisce, ovvero sulla semplice notizia d'un fatto.

1366. Può deferirsi in qualunque stato si trovi la causa, ed anche quando non vi sia alcun principio di prova della domanda o dell'eccezione sulla quale si deferisce il giuramento.

1367. Quegli a cui è deferito il giuramento, se ricusa di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe nella domanda o nell'eccezione, e parimente soccombe l'avversario se ricusa di prestare il giuramento che gli fu riferito.

1368. La parte a cui è stato deferito il giuramento, non può riferirlo dopo che ha dichiarato di essere pronta a giurare.

1369. Il giuramento non può riferirsi quando il fatto che ne è l'oggetto, non è comune ad ambedue le parti, ma soltanto proprio di quella a cui fu deferito.

1370. Se fu prestato il giuramento deferito o riferito, non si ammette l'altra parte a provarne la falsità.

1371. Chi ha deferito o riferito il giuramento, può dispensare il suo avversario che si dichiarò pronto a giurare, dal prestarlo; ma il giuramento si ha come prestato.

1372. La parte che ha deferito il giuramento, può rivocarlo sino a che la parte contraria non abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, o sino a che non sia intervenuta sentenza irrevocabile sull'ammissione del medesimo.

Può rivocarlo anche dopo la sentenza, o dopochè la parte contraria abbia dichiarato di essere pronta a prestarlo, se nella sentenza fu variata la formola proposta, salvochè abbia con qualche atto posteriore alla sentenza fatta acquiescenza alla formola variata.

La parte che ha riferito il giuramento, non può più rivocarlo, se l'altra parte ha dichiarato di essere pronta a giurare.

1373. Il giuramento ricusato o prestato non fa prova che in vantaggio o contro di colui che l'ha deferito ed a vantaggio de' suoi eredi od aventi causa contro di essi.

Il giuramento

Deferito da uno dei creditori in solido al debitore, non lo libera che per la porzione dovuta a quel creditore;

Deferito al debitore principale libera egualmente i fideiussori;

Deferito ad uno dei debitori in solido, giova ai condebitori;

Deferito al fideiussore, giova al debitore principale.

Nei due ultimi casi il giuramento del condebitore in solido o del fideiussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando fu deferito sul debito, e non sul fatto dell'obbligazione in solido o della fideiussione.

1374. Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti o per fare da esso dipendere la decisione della causa, o soltanto per determinare nella condanna la quantità dovuta.

1375. Il giudice non può deferire d'uffizio il giuramento, nè sulla domanda, nè sull'eccezione opposta, se non quando concorrono le seguenti due condizioni:

1º Che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata;

2º Che le medesime non sieno mancanti totalmente di prova.

Esclusi questi due casi, il giudice deve ammettere o rigettare la domanda.

1376. Il giuramento deferito d'uffizio dal giudice ad una delle parti non può da questa riferirsi all'altra parte.

1377. Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non quando è impossibile di provarlo altrimenti.

Deve pure in questo caso determinare la somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento.

APPENDICE III.

SULLA TRASCRIZIONE.

1932. Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione:

1° Gli atti tra vivi, sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, che trasferiscono proprietà d'immobili, o di altri beni o diritti capaci di ipoteca, ad eccezione delle rendite sopra lo Stato;

2° Gli atti tra vivi che costituiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto;

3° Gli atti tra vivi di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti;

4° Le sentenze di vendita all'incanto di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, eccettuato il caso di vendita seguita nel giudizio di purgazione a favore del terzo possessore che ha istituito il giudizio, ed eccettuate le aggiudicazioni seguite agli incanti fra condividenti;

5° I contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni;

6° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società eccede i nove anni o è indeterminata;

7° Gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni;

8° Le sentenze che dichiarano l'esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti.

1933. Si devono pure trascrivere per gli effetti speciali stabiliti dalla legge:

1° Il precetto nei giudizi di esecuzione sopra beni immobili;

2° La dichiarazione di accettazione dell'eredità col beneficio d'inventario in conformità del capoverso dell'articolo 955;

3° Le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione indicate negli articoli 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553 e 1787.

La trascrizione delle dette domande sarà annotata in margine della trascrizione dell'atto di alienazione.

1934. Ogni sentenza colla quale si è pronunziato l'annullamento, la risoluzione, la rescissione o la rivocazione di un atto trascritto, deve essere annotata in margine della trascrizione dell'atto al quale si riferisce.

L'annotazione sarà fatta per cura del procuratore della parte che ha ottenuta la sentenza, e in mancanza di procuratore per cura della parte stessa, entro un mese dacchè la sentenza è passata in giudicato, sotto pena di una multa di lire 100 estendibile a lire 200.

1935. La trascrizione non può farsi se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata.

Gli atti però risultanti da scrittura privata non possono essere trascritti se le sottoscrizioni dei contraenti non sono state autenticate da notaio od accertate giudizialmente.

Le sentenze e gli atti seguiti in paese estero devono essere debitamente legalizzati.

1936. La parte che domanda la trascrizione del titolo deve presentarne al conservatore delle ipoteche copia autentica se si tratta di

atti pubblici o di sentenze, e se si tratta di scritture private, deve presentarne l'originale stesso, eccetto che questo si trovi depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio; nel qual caso basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti indicati dall'articolo precedente.

1937. Il richiedente deve presentare al conservatore delle ipoteche insieme colla copia del titolo due note contenenti le seguenti indicazioni:

1° Il nome e cognome, il nome del padre e il domicilio o la residenza delle parti;

2° La natura e la data del titolo di cui si domanda la trascrizione;

3° Il nome dell'uffiziale pubblico che ha ricevuto l'atto od autenticate le firme, o l'indicazione dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza.

4° La natura e situazione dei beni a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni volute dall'articolo 1979.

Per la trascrizione della dichiarazione accennata nel numero 2 dell'articolo 1933, basta che le note contengano le indicazioni espresse nella dichiarazione medesima.

1938. La trascrizione deve essere fatta a ciascun uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati i beni, salvo ciò che è stabilito dal capoverso dell'articolo 935.

1939. Il conservatore delle ipoteche custodirà negli archivi, in appositi volumi, i titoli che gli vengono consegnati, e trascriverà nel registro particolare delle trascrizioni il contenuto della nota, indicando il giorno della consegna del titolo, il numero d'ordine assegnatogli nel registro progressivo e il nomero del volume in cui ha collocato il titolo stesso.

Il conservatore restituirà al richiedente una delle note, nelle quali certifichera l'eseguita trascrizione colle indicazioni sopra accennate.

1940. L'ommissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni volute nelle note menzionate nell'articolo 1937 non nuoce alla validità della trascrizione, eccettochè induca assoluta incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile che ne è l'oggetto.

1941. La trascrizione del titolo, da chiunque si faccia, profitta a tutti coloro che vi hanno interesse.

1942. Le sentenze e gli atti enunciati nell'articolo 1932, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile.

Parimente, sinchè non sia seguita la trascrizione, non può avere effetto a pregiudizio dell'ipoteca concessa all'alienante dall'articolo 1969 alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il nuovo proprietario.

Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro l'acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, quantunque l'acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto.

1943. Per le donazioni la trascrizione non prende data che dal giorno in cui si è pure trascritta l'accettazione, nel caso che questa si contenga in atto separato.

1944. Coloro che hanno stipulato una convenzione, ottenuta una sentenza o proposta una domanda soggetta a trascrizione nell'interesse di persona incapace da loro rappresentata, o che le hanno prestata as-

sistenza nella convenzione o nel giudizio, devono curare che segua la trascrizione dell'atto o della sentenza.

La mancanza della trascrizione può anche essere opposta ai minori, agli interdetti e a qualsivoglia altro incapace, salvo ai medesimi il regresso contro i tutori, amministratori e curatori aventi l'obbligo della trascrizione.

La mancanza della trascrizione però non può mai essere opposta dalle persone che avevano l'obbligo di farla e dai loro eredi.

1945. La cancellazione della trascrizione delle domande enunciate nel numero 3 dell'articolo 1933, e delle relative annotazioni in margine alla trascrizione dell'atto di alienazione, avrà luogo quando sia debitamente acconsentita dalle parti interessate; ovvero ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato.

Sarà poi giudizialmente ordinata, se l'attore recede dalla domanda, se questa è rigettata, o se è perenta l'istanza.

1946. La trascrizione può essere domandata, quantunque non siasi ancora pagata la tassa di registro a cui è soggetto il titolo, ove si tratti di atto pubblico ricevuto nel regno o di sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno.

In tal caso però il richiedente deve presentare una terza copia della nota al conservatore, la quale sarà da lui vidimata e trasmessa immediatamente all'uffiziale incaricato della riscossione della tassa suddetta.

1947. Le spese della trascrizione, se non vi è patto contrario, sono a carico dell'acquirente; debbono però anticiparsi da chi domanda la trascrizione.

Se più sono gli acquirenti o interessati alla trascrizione, ciascuno di essi deve rimborsare quello che l'ha fatta, della parte di spesa corrispondente alla quota per cui è interessato.

APPENDICE IV.

SULLE SERVITÙ.

536. I fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che dai più elevati scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo.

Il proprietario del fondo inferiore non può in alcun modo impedire questo scolo.

Il proprietario del fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più gravosa la servitù del fondo inferiore.

537. Se le sponde o gli argini che erano in un fondo e servivano di ritegno alle acque siano stati distrutti od atterrati, o si tratti di ripari che la variazione del corso delle acque renda necessari, ed il proprietario del fondo stesso non voglia ripararli, ristabilirli o costruirli, possono i proprietari danneggiati, o che ne fossero in grave pericolo, farvi a proprie spese le occorrenti riparazioni o costruzioni. Devono però le opere eseguirsi in modo che il proprietario del fondo non ne patisca danno, premessa l'autorizzazione giudiziaria, sentiti gli interessati ed osservati i regolamenti speciali sulle acque.

538. Lo stesso ha luogo quando si tratti di togliere un ingombro formatosi in un fondo, o in un fosso, rivo, scolatoio od altro alveo per materie in essi impigliate, sicchè le acque danneggino o possano danneggiare i fondi vicini.

539. Tutti i proprietari ai quali è utile la conservazione delle sponde e degli argini, o la rimozione degli ingombri accennati nei due precedenti articoli, potranno essere chiamati ed obbligati a contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ciascuno ne ricava, salvo in tutti i casi il risarcimento dei danni e delle spese verso chi avesse dato luogo alla distruzione degli argini od alla formazione degli ingombri anzidetti.

540. Chi ha una sorgente nel suo fondo può usarne a piacimento, salvo il diritto che avesse acquistato il proprietario del fondo inferiore in forza di un titolo o della prescrizione.

541. La prescrizione in questo caso non si compie che col possesso di trent'anni, da computarsi dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, e che abbiano servito all'uopo.

542. Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso quando la medesima somministri agli abitanti di un comune o di una frazione di esso l'acqua che è loro necessaria: ma se gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso o non l'hanno in forza di prescrizione, il proprietario ha diritto ad indennità.

543. Quello il cui fondo costeggia un'acqua che corre naturalmente e senza opere manufatte, tranne quella dichiarata demaniale dall'articolo 427, o sulla quale altri abbia diritto, può, mentre trascorre, farne uso per la irrigazione dei suoi fondi o per l'esercizio delle sue industrie, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario.

Quello il cui fondo è attraversato di questa acqua, può anche usarne nello intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al corso ordinario mentre esce dai suoi terreni.

544. Sorgendo controversia fra i proprietari a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e della industria coi riguardi dovuti alla proprietà; ed in tutti i casi devono essere ossservati i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'uso delle acque.

545. Qualunque proprietario o possessore d'acque può servirsene a suo piacimento od anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo che si disperdano in danno di altri fondi, a cui potessero approfittare senza cagionare rigurgiti od altro pregiudizio agli utenti superiori, e mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore.

546. Ogni muro che serve di divisione tra edifizi sino alla sua sommità, e in caso di altezze ineguali sino al punto in cui uno degli edifizi comincia ad essere più alto, ed altresì ogni muro che serve di divisione tra cortili, giardini ed anche tra recinti nei campi, si presume comune, se non vi è titolo o segno in contrario.

547. La proprietà del muro divisorio tra cortili, giardini, orti o campi è determinata dal piovente di esso muro ed in ragione del piovente medesimo.

Se gli sporti, quali sono le mensole, i cornicioni e simili, e i vani che si addentrano oltre la metà della grossezza del muro, appaiono costrutti con esso si presume che il muro sia di quel proprietario dalla cui parte si presentano, ancorchè vi sia soltanto qualcuno di tali segni.

Se poi uno o più di essi sono da una parte, ed uno o più dalla parte opposta, il muro è riputato comune: in ogni caso la positura del piovente prevale a tutti gli altri indizi.

548. Le riparazioni e le ricostruzioni necessarie del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto, ed in proporzione del diritto di ciascuno.

549. Qualunque comproprietario di un muro comune può tuttavia esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese delle riparazioni e ricostruzioni, rinunziando al diritto di comunione, purchè il muro comune non sostenga un edifizio di sua spettanza.

La rinunzia però non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui avesse dato causa col fatto proprio.

550. Il proprietario che vuol atterrare un edifizio sostenuto da un muro comune, può rinunziare alla comunione di questo, ma deve per la prima volta farvi le riparazioni, e le opere che la demolizione rende necessarie per evitare ogni danno al vicino.

551. Ogni comproprietario può fabbricare appoggiando le sue costruzioni al muro comune, ed immettere travi e travicelli per la grossezza del medesimo, in guisa però che dall'altra parte restino ancora cinque centimetri, salvo il diritto nell'altro comproprietario di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli volesse collocare una trave nello stesso luogo, aprirvi un incavo od appoggiarvi un camino.

552. È parimente lecito ad ogni comproprietario di un muro comune di attraversarlo per intero con chiavi e capi-chiavi, e collocare bolzoni all'opposto lato per guarentigia della sua fabbrica, osservando però la distanza di cinque centimetri dalla superficie esterna del muro verso il vicino, e facendo le opere necessarie per non recar danno alla solidità del muro comune, salvo il risarcimento dei danni temporanei provenienti dal collocamento delle chiavi e dei capi-chiavi e bolzoni.

553. Ogni comproprietario può alzare il muro comune, ma sono a suo carico le spese dell'alzamento, le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore al muro comune e le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca egualmente solido.

554. Se il muro comune non è atto a sostenere l'alzamento, chi vuole alzare, è tenuto a farlo ricostruire per intiero a sue spese e sul proprio suolo quanto alla maggiore grossezza.

In questo caso e in quello espresso nel precedente articolo, egli è inoltre tenuto a risarcire il vicino dei danni che pel fatto anche temporaneo dell'alzamento o della nuova costruzione avesse a soffrire.

555. Il vicino che non ha contribuito all'alzamento può acquistarne la comunione, pagando la metà di quanto ha costato e il valore della metà del suolo che fosse stato occupato per l'eccedente grossezza.

556. Il proprietario di un fondo contiguo ad un muro ha pure la facoltà di renderlo comune in tutto od in parte, purchè lo faccia per tutta l'estensione della sua proprietà, pagando al proprietario del muro la metà dell'intero valore, o la metà del valore di quella parte che vuol rendere comune e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costrutto, ed eseguendo altresì le opere che occorressero per non danneggiare il vicino.

Questa disposizione non si applica agli edifizi destinati all'uso pubblico.

557. Uno dei vicini non può fare alcun incavo nel muro comune, nè applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova opera senza il consenso dell'altro, e, in caso di rifiuto, senza aver fatto determinare dai periti i mezzi necessari affinchè l'opera non riesca di danno ai diritti dell'altro.

558. Non si può ammucchiare contro un muro comune letami, le-

gnami, terra od altre materie, senza prendere le precauzioni necessarie affinchè tali mucchi non possano nuocere con l'umidità, o con la spinta, o con la soverchia elevazione, od in qualunque altro modo.

559. Ciascuno può costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione o di riparazione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi. L'altezza di essi sarà determinata secondo i regolamenti particolari, ed in mancanza di questi o di una convenzione, ogni muro di cinta o divisorio tra vicini da costruirsi in avvenire a spese comuni sarà dell'altezza di tre metri.

560. Nel caso in cui nelle città o nei sobborghi un muro sia divisorio di due fondi, l'uno superiore l'altro inferiore, il proprietario del fondo superiore dovrà sopportare per intiero le spese di costruzione e di riparazione del muro sino all'altezza del proprio suolo; la parte del muro che sorge dal suolo del fondo superiore sina all'altezza indicata nell'articolo precedente sarà costrutta e riparata a spese comuni.

561. Nei casi espressi nei due articoli precedenti, il vicino che non vuol contribuire alle spese di costruzione o riparazione del muro di cinta o divisorio, se ne può esimere cedendo la metà del terreno su cui il muro di separazione deve essere costrutto e rinunziando al diritto di comunione, salva la disposizione dell'art. 556.

562. Quando i diversi piani di una casa appartengonò a più proprietari, e i titoli di proprietà non provvedono circa le riparazioni o ricostruzioni, queste devono farsi nel modo che segue:

I muri maestri e i tetti sono a carico di tutti i proprietari in proporzione del valore del piano che appartiene a ciascuno. Lo stesso ha luogo per gli anditi, le porte, i pozzi, le cisterne, gli acquedotti e le altre cose comuni a tutti i proprietari: le latrine però sono a carico comune in proporzione del numero delle aperture d'immissione.

Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà.

Le scale sono costrutte e mantenute dai proprietari dei diversi piani a cui servono, in ragione del valore di ciascun piano.

Si considerano come piani di una casa le cantine, i palchi morti e le soffitte o camere a tetto.

563. Le norme stabilite per la contribuzione della spesa di riparazione o ricostruzione dei tetti di una casa appartenente a più proprietari si osserveranno anche nei casi di riparazione dei lastrici così detti solari.

Ove l'uso dei medesimi non sia comune e tutti i proprietari della casa, quelli che hanno l'uso esclusivo di uno o più lastrici solari, per ragion del calpestio, saranno tenuti a contribuire per una quarta parte della spesa delle riparazioni o ricostruzioni, e le altre tre quarte parti saranno a carico di essi e degli altri proprietari della casa, nella proporzione stabilita dall'articolo precedente, salve le particolari stipulazioni.

564. Il proprietario dell'ultimo piano di una casa non può, senza il consenso dei proprietari degli altri piani, alzare nuovi piani o nuove fabbriche eccettuate quelle costituenti parapetto di lastrici solari, qualora possa derivarne danno al valore della proprietà degli altri.

565. Tutti i fossi tra due fondi si presumono comuni se non vi è titolo o segno in contrario, e sono mantenuti a comuni spese.

566. È segno che il fosso non è comune, se si trovi da una sola parte del medesimo il getto della terra o lo spurgo ammucchiatovi da tre anni.

Il fosso si presume di proprietà esclusiva di quello dalla cui parte è il getto della terra o lo spurgo così ammucchiato.

567. È segno che il fosso non è comune, quando serve agli scoli dalle terre di un solo proprietario.

568. Ogni siepe fra due fondi è riputata comune ed è mantenuta a spese comuni, eccettochè un solo fondo sia cinto, o vi sia termine di confine o prova in contrario.

569. Gli alberi sorgenti nella siepe comune sono comuni, e ciascuno dei due proprietari può chiedere che siano atterrati.

Gli alberi sorgenti sulla linea di confine tra due proprietà si reputano comuni, quando non vi sia titolo o prova in contrario.

Gli alberi che servono di limite non possono tagliarsi, se non di comune consenso o dopo che l'autorità giudiziaria abbia riconosciuta la necessità o la convenienza del taglio.

570. Chi vuol fabbricare una casa od un muro anche solo di cinta, può farlo sul confine della sua proprietà, salva sempre la facoltà al vicino di rendere il muro comune, a norma dell'articolo 556.

571. Quand'anche non si fabbrichi sul confine, se non si lascia la distanza almeno di un metro e mezzo, il vicino può chiedere la comunione del muro e fabbricare sin contro il medesimo pagando, oltre il valore della metà del muro, il valore del suolo che verrebbe da lui occupato, salvo che il proprietario del suolo preferisca di estendere contemporaneamente il suo edifizio sino al confine.

Non volendo il vicino profittare di tale facoltà, deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro.

Lo stesso ha luogo in tutti gli altri casi in cui la fabbrica del vicino si trovi distante meno di tre metri dal confine.

Si reputa nuova fabbrica anche il semplice alzamento di una casa o di un muro già sussistente.

572. Le disposizioni dei due articoli precedenti non sono applicabili agli edifizi indicati nel capoverso dell'articolo 556, nè ai muri confinanti colle piazze e colle vie e strade pubbliche, pei quali debbono osservarsi le leggi e i regolamenti particolari che li riguardano.

573. Chi vuole aprire un pozzo d'acqua viva, una cisterna, un pozzo nero, od una fossa di latrina o di concime presso un muro altrui od anche comune, deve, quando non sia altrimenti disposto dai regolamenti locali, osservare la distanza di due metri tra il confine colla contigua proprietà ed il punto più vicino del perimetro interno del muro del pozzo d'acqua viva, della cisterna, del pozzo nero o della fossa di latrina o di concime.

Quanto ai tubi di latrina, di acquaio o d'acqua cadente dai tetti, ovvero ascendente per mezzo di tromba, o di qualsivoglia macchina, deve la distanza essere almeno di un metro dal confine.

Eguale distanza sarà osservata per le diramazioni di essi tubi, e sarà sempre computata dal confine al punto più vicino del perimetro esterno del tubo.

Qualora, osservate queste distanze, ne derivasse tuttavia danno al vicino, saranno stabilite maggiori distanze, ed eseguite le opere occorrenti per riparare e mantenere riparata la proprietà del vicino.

574. Chi voglia fabbricare contro un muro comune, o divisorio, ancorchè proprio, camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o di materie atte a danneggiarlo, ovvero stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti, per cui siavi pericolo d'incendio o di scoppio o di esalazioni nocive, deve eseguire le opere e mantenere le distanze che secondo i casi siano stabilite dai regolamenti, e in loro mancanza dall'autorità giudiziaria, affine di evitare ogni danno al vicino.

575. Non si possono scavare fossi o canali, se non osservando una distanza dal confine del fondo altrui eguale alla loro profondità, salvo le maggiori distanze che fossero determinate dai regolamenti locali.

576. La distanza si misura dal ciglio della sponda dei fossi o canali più vicina al detto confine. Questa sponda deve inoltre essere inclinata a tutta scarpa, e in mancanza di scarpa essere munita di opere di sostegno.

Ove il confine del fondo altrui si trovi in un fosso comune, ovvero in una strada privata, ma comune e soggetta a servitù di passaggio, la distanza si misura dal ciglio anzidetto al ciglio della sponda del fosso comune, ovvero al margine o lembo esteriore della strada piu vicino al nuovo fosso o canale, ferme le disposizioni relative alla scarpa.

577. Se il fosso o canale viene scavato in vicinanza di un muro comune, non è necessaria la suddetta distanza, ma devono farsi tutte le opere atte ad impedire ogni danno.

578. Quegli che vuole aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure scavarne, profondarne od allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendio, o variarne la forma, deve oltre le distanze sovra stabilite osservare altresì quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere che siano necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi.

Sorgendo contestazioni fra i due proprietari l'autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà, ai maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare, assegnando, ove sia d'uopo, all'uno od all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono essere dovute.

579. Non è permesso di piantare alberi verso il confine del vicino a distanze minori di quelle determinate dai regolamenti locali. In mancanza di questi, devono osservarsi le distanze seguenti:

1º Tre metri per gli alberi di alto fusto.

Sono riputati, quanto alle distanze, alberi di alto fusto quelli il cui fusto o semplice o diviso in rami sorge ad altezza notabile, quali sono i noci, i castagni, le quercie, i pini, i cipressi gli olmi, i pioppi, i platani e simili.

Gli alberi di robinie ed i gelsi della China sono equiparati per le distanze agli alberi di alto fusto.

2º Un metro e mezzo per gli alberi di non alto fusto.

Sono reputati alberi di non alto fusto quelli il cui fusto, sorto a breve altezza, si diffonde in rami, quali sono i peri, i meli, i ciriegi ed in generale gli alberi da frutto non indicati al numero 1.º, ed altresì i gelsi, i salici, le robinie a ombrello ed altri simili.

3º Un mezzo metro per le viti, gli arbusti, le siepe vive, i gelsi tenuti nani, ed anche per le piante da frutto tenute nane od a spalliera e ad altezza non maggiore di due metri e mezzo.

La distanza sarà però di un metro, qualora le siepi sieno di ontano, di castagno o di altre simili piante che si recidono periodicamente vicino al ceppo, e di due metri per le siepi di robinie.

Le distanze anzidette non sono necessarie qualora il fondo sia separato da quello del vicino con un muro proprio o comune, purchè le piante siano mantenute in modo da non eccedere l'altezza del muro.

580. Per le piante che nascono e pei piantamenti che si fanno nell'interno dei boschi verso i rispettivi confini, o lungo le sponde dei canali, o lungo le strade comunali, senza impedimento del corso delle

acque e dei passaggi, si osserveranno in mancanza di regolamenti gli usi locali e, solo in mancanza di questi, le distanze sopra stabilite.

581. Il vicino può esigere che si estirpino gli alberi e le siepi che si piantassero o nascessero a distanze minori di quelle determinate negli articoli precedenti.

582. Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, puo costringerlo a tagliarli, e può egli stesso tagliare le radici che si addentrino nel suo fondo, salvi però in ambidue i casi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi.

583. Un vicino non può senza il consenso dell'altro fare nel muro comune una finestra o altra apertura, neppure con invetriata fissa.

584. Il proprietario di un muro non comune contiguo al fondo altrui può aprire in questo muro luci o finestre con inferriate ed invetriate fisse.

Queste finestre debbono essere munite di una grata di ferro, le cui maglie non abbiano apertura maggiore di un decimetro, e di un telaio ad invetriata fissa.

Tali finestre non impediranno al vicino di acquistare la comunione del muro: egli però non potrà chiuderle se non appoggiandovi il suo edifizio.

585. Queste luci o finestre non si possono aprire ad un'altezza minore di due metri e mezzo sopra il pavimento o suolo del luogo che si vuole illuminare, se è al piano terreno, e di due metri, se è nei piani superiori.

L'altezza di due metri e mezzo dal suolo deve sempre osservarsi anche dalla parte che ha sguardo sul fondo vicino.

586. Chi ha innalzato il muro comune non può aprire luci o finestre nella maggiore altezza a cui il vicino non abbia voluto contribuire.

587. Non si possono aprire vedute dirette o finestre a prospetto nè balconi od altri simili sporti verso il fondo chiuso o non chiuso, e neppure sopra il tetto del vicino, se tra il fondo di questo ed il muro in cui si fanno le dette opere non vi è la distanza di un metro e mezzo.

Il divieto cessa allorquando vi è tra le due proprietà una via pubblica.

588. Non si possono parimente aprire vedute laterali ed oblique sul fondo del vicino, se non vi è la distanza di mezzo metro.

Cessa però questo divieto quando la veduta laterale ed obliqua sul fondo del vicino formi nello stesso tempo una veduta diretta sulla via pubblica, ma dovranno in tal caso osservarsi i regolamenti locali.

589. Trattandosi di vedute dirette, la distanza si misura dalla faccia esteriore del muro, e, se vi sono balconi od altri simili sporti, dalla loro linea esteriore sino alla linea di separazione de' due fondi.

Trattandosi di vedute laterali ed oblique, si misura dal più vicino fianco della finestra, o dal più vicino sporto sino alla detta linea di separazione.

590. Quando per convenzione od altrimenti siasi acquistato il diritto di avere vedute dirette o finestre a prospetto verso il fondo vicino, il proprietario di questo non può fabbricare a distanza minore di tre metri misurata come nell'articolo precedente.

591. Ogni proprietario deve costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica in conformità ai particolari regolamenti, e non può farle cadere sul fondo del vicino.

592. Ogni proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, affine di costruire o riparare un muro od altra opera propria del vicino od anche comune.

593. Il proprietario il cui fondo è circondato da fondi altrui e che non ha uscita sulla via pubblica, nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo.

Questo passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve, e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso.

La stessa disposizione può applicarsi a chi, avendo un passaggio nei fondi altrui, abbisogna al fine suddetto di ampliarlo pel transito di veicoli.

594. Sarà sempre dovuta una indennità proporzionata al danno cagionato dall'accesso o dal passaggio di cui è cenno nei due precedenti articoli.

595. Se il fondo divenne da ogni parte chiuso per effetto di una vendita, permuta o divisione, i venditori permutanti sono tenuti a dare il passaggio senza alcuna indennità.

596. Il passaggio concesso ad un fondo circondato, se cessa di essere necessario per la riunione di esso ad un altro fondo contiguo alla via pubblica, puo essere soppresso in qualunque tempo ad istanza del proprietario del fondo serviente, mediante la restituzione del ricevuto compenso o la cessazione della annualità che si fosse convenuta. Lo stesso ha lungo se viene aperta una nuova strada che riesca al fondo già circondato.

597. L'azione per l'indennità indicata nell'articolo 594 è soggetta a prescrizione, e sussiste il diritto di continuare il passaggio, quantunque l'azione per l'indennità non sia più ammissibile.

598. Ogni proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle acque di ogni specie che vogliono condursi da chi abbia permanentemente od anche solo temporaneamente, il diritto di servirsene per le necessità della vita o per usi agrari od industriali.

Sono esenti da questa servitù le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti.

599. Chi domanda il passaggio deve aprire il necessario canale, senza che possa far decorrere le sue acque nei canali già esistenti e destinati al corso di altre acque. Ma il proprietario del fondo che sia anche proprietario di un canale in esso esistente e delle acque nel medesimo scorrenti, potrà impedire che un nuovo canale sia aperto nel suo fondo, offrendo di dare il passaggio alle acque nel canale medesimo, quando ciò possa praticarsi senza notabile danno di chi domanda il passaggio. In tal caso sarà dovuta al proprietario del canale un'indennità da determinarsi, avuto riguardo all'acqua introdotta, al valore del canale, alle opere che si rendessero necessarie pel nuovo transito ed alle maggiori spese di manutenzione.

600. Deve anche permettersi il passaggio dell'acqua a traverso i canali ed acquedotti in quel modo che si riconosca più conveniente e adattato al luogo ed al loro stato, purchè non sia impedito, ritardato od accelerato, nè in alcun modo alterato il corso od il volume delle acque in essi scorrenti.

601. Dovendosi per la condotta delle acque attraversare strade pubbliche, ovvero fiumi o torrenti, si osserveranno le leggi ed i regolamenti speciali sulle strade ed acque.

602. Chi vuol far passare le acque sul fondo altrui, deve giustificare di poter disporre dell'acqua durante quel tempo per cui chiede il passaggio; che la medesima sia sufficiente per l'uso al quale è destinata; che il passaggio richiesto sia il più conveniente ed il meno pregiudizie-

vole al fondo servente, avuto riguardo alle circostanze dei fondi vicini, al pendio ed alle altre condizioni per la condotta, il corso e lo sbocco delle acque.

603. Prima d'imprendere la costruzione dell'acquedotto, quegli che vuol condurre acqua per l'altrui fondo deve pagare il valore a cui saranno stati stimati i terreni da occuparsi, senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti al fondo, e col soprappiù del quinto, oltre al risarcimento dei danni immediati, compresi quelli derivanti dalla separazione in due o più parti o da altro deterioramento del fondo da intersecarsi.

I terreni però che venissero occupati soltanto per la riposta delle materie estratte e per il getto dello spurgo, non saranno pagati che per la metà del valore del suolo col soprappiù del quinto, e sempre senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti: ma ne'terreni medesimi sarà lecito al proprietario del fondo servente di piantare ed allevare alberi od altri vegetali, e rimovere e trasportare le materie ammucchiate, purchè tutto segua senza danno del canale, del suo spurgo e della sua riparazione.

604. Ove la domanda del passaggio delle acque siano per un tempo non maggiore di nove anni il pagamento dei valori e delle indennità di cui è cenno nell'articolo precedente sarà ristretto alla sola metà, ma coll'obbligo, dopo scaduto il termine, di rimettere le cose nel primitivo stato.

Chi ha ottenuto questo passaggio temporaneo può avanti la scadenza del termine renderlo perpetuo, pagando l'altra metà cogli interessi legali dal giorno in cui il passaggio venne praticato; scaduto il termine, non gli sarà più tenuto conto di ciò che ha pagato per la concessione temporanea.

605. Chi possiede un canale nel fondo altrui non può immettervi maggior quantità d'acqua se non è riconosciuto che il canale ne sia capace, e che non ne possa venir danno al fondo servente.

Se l'introduzione di una maggior quantità d'acqua esiga nuove opere, queste non possono farsi, se prima non è terminata la natura e la qualità, e pagata la somma dovuta pel suolo da occuparsi e pei danni nel modo stabilito dall'art. 603

Lo stesso ha luogo, quando per il passaggio a traverso un acquedotto sia da sostituire ad un ponte-canale una tomba o viceversa.

606. Le disposizioni contenute negli articoli precedenti pel passaggio delle acque si estendono al caso in cui il passaggio venga domandato affine di scaricare acque soprabbondanti che il vicino non consentisse di ricevere nel suo fondo.

607. Sarà sempre in facoltà del proprietario del terreno servente di far determinare stabilmente il fondo del canale con l'apposizione di capisaldi o soglie da riportarsi a punti fissi. Ove però di tale facoltà egli non abbia fatto uso nella prima concessione dell'acquedotto, dovrà sopportare la metà delle spesa occorrenti.

608. Ove un corso d'acqua impedisse ai padroni dei fondi contigui l'accesso ai medesimi, o la continuazione dell'irrigazione o dello scolo delle acque, coloro che si servono di quel corso sono obbligati, in proporzione del benefizio che ritraggono a costruire e mantenere i ponti ed i loro accessi sufficienti per un comodo e sicuro transito, come pure le botti sotterranee i ponti-canali od altre simili opere per la continuazione dell'irrigazione o dello scolo, salvi i diritti derivanti da convenzione o dalla prescrizione.

609. Il proprietario che intende prosciugare, o bonificare le sue

terre colla fognatura, non colmate od altri mezzi, ha diritto, premesso il pagamento dell'indennità e col minor danno possibile, di condurre per fogne o per fossi le acque di scolo attraverso i fondi che separano le due terre da un corso di acqua o da qualunque altro scolatoio.

610. I proprietari dei fondi attraversati da fogne o da fossi altrui, a che altrimenti possano profittare dei lavori fatti in forza dell'articolo precedente, hanno la facoltà di servirsene per risanare i loro fondi a condizione che non ne avvenga danno ai fondi già risanati, e che essi sopportino:

1° Le nuove spese occorrenti per modificare le opere già eseguite, affinchè le medesime possano servire anche ai fondi attraversati;

2° Una parte proporzionale delle spese già fatte e di quelle richieste pel mantenimento delle opere divenute comuni.

611. Nell'eseguimento delle opere indicate negli articoli precedenti sono applicabili le disposizioni del capoverso dell'articolo 598 e degli articoli 600 e 601.

612. Se al prosciugamento di un fondo paludoso si opponesse alcuno avente diritto sulle acque che ne derivano, e se, con opportune opere portanti una spesa proporzionata allo scopo, non si potessero conciliare i due interessi, si farà luogo al prosciugamento mediante una congrua indennità all'opponente.

613. Quelli che hanno diritto di derivare acque da' fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi o serbatoi, possono, ove ciò sia necessario, appoggiare od infiggere una chiusa alle sponde, coll' obbligo però di pagare l'indennità e di fare e mantenere le opere che valgano ad assicurare i fondi da ogni danno.

614. Gli aventi diritto alla derivazione ed all'uso delle acque a norma del precedente articolo devono evitare tra gli utenti superiori e gli inferiori ogni vicendevole pregiudizio che possa provenire dallo stagnamento, dal rigurgito o dalla diversione delle medesime acque.

Coloro che vi hanno dato luogo sono tenuti al risarcimento dei danni e soggetti alle pene stabilite dai regolamenti di polizia rurale.

615. Le concessioni di uso d'acqua da parte dello Stato s' intendono sempre fatte senza lesione dei diritti anteriori d'uso dell'acqua stessa che si fossero legittimamente acquistati.

616. I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a benefizio di essi qualunque servitù, purchè sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico.

L'esercizio e l'estensione delle servitù sono regolati dal titolo, ed in difetto, dalle disposizioni seguenti.

617. Le servitù sono continue o discontinue.

Continue sono quelle il cui esercizio e o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidii, i prospetti ed altre simili.

Discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attinger acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili.

618. Le servitù sono apparenti o non apparenti.

Apparenti sono quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto.

Non apparenti sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad un'altezza determinata.

619. La servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, a qualunque uso sia destinata, cade nel

novero delle servitù continue ed apparenti, ancorchè la presa non si eseguisca che ad intervalli di tempo o per ruota di giorni o di ore.

620. Quando per la derivazione di una costante e determinata quantità d'acqua scorrente è stata convenuta la forma della bocca e dell'edifizio derivatore, questa forma deve essere mantenuta, e non sono le parti ammesse ad impugnarla sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua, salvo che l'eccedenza o la deficienza provenga da variazioni seguite nel canale dispensatore o nel corso delle acque in esso scorrenti.

Se la forma non è stata convenuta, ma la bocca e l'edifizio derivatore sono stati costruiti e posseduti pacificamente durante cinque anni, non è neppure ammesso dopo tal tempo alcun richiamo delle parti sotto pretesto di eccedenza o deficienza d'acqua: salvo nel caso di variazione seguita nel canale o nel corso delle acque come sopra.

In mancanza di convenzione e del possesso precedentemente menzionato, la forma sarà determinata dall'autorità giudiziaria.

621. Nelle concessioni d'acque fatte per un determinato servizio senza che ne sia espressa la quantità, s'intende concessa la quantità necessaria a quel servizio, e chi vi ha interesse può in ogni tempo fare stabilire la forma della derivazione in modo che ne venga ad un tempo assicurato l'uso necessario suddetto ed impedito l'eccesso.

Se però è stata convenuta la forma della bocca e dell'edifizio derivatore, o se, in mancanza di convenzione, si è esercitata pacificamente per cinque anni la derivazione in una determinata forma, non è più ammesso alcun richiamo delle parti, se non nel caso accennato nell'articolo precedente.

622. Le nuove concessioni in cui è convenuta ed espressa una costante quantità di acqua, la quantità concessa deve in tutti gli atti esprimersi in relazione al modulo.

Il modulo è l'unità di misura dell'acqua corrente.

Esso è un corpo d'acqua che scorre nella costante quantità di cento litri al minuto secondo, e si divide in decimi, centesimi e millesimi.

623. Il diritto alla presa d'acqua continua si può esercitare in ogni istante.

624. Tale diritto si esercita per l'acqua estiva dall'equinozio di primavera a quello di autunno; per l'acqua iemale dall'equinozio d'autunno a quello di primavera, e per l'acqua distribuita ad intervalli d'ore, giorni, settimane, mesi od altrimenti nei tempi determinati dalla convenzione o dal possesso.

La distribuzione d'acqua per giorni e per notti si riferisce al giorno ed alla notte naturali.

L'uso delle acque nei giorni fesivi è regolato dalle feste di precetto vigenti al tempo in cui l'uso fu convenuto o si è cominciato a possedere.

625. Nelle distribuzioni per ruota il tempo che impiega l'acqua per giungere alla bocca di derivazione dell'utente si consuma a suo carico, e la coda dell'acqua appartiene a quello di cui cessa il turno.

626. Nei canali soggetti a distribuzioni per ruota le acque sorgenti o sfuggite, ma contenute nell'alveo del canale, non possono rattenersi o derivarsi da un utente che al tempo del suo turno.

627. Nei medesimi canali possono gli utenti variare o permutare fra loro il turno, purchè tale cambiamento non rechi danno agli altri.

628. Chi ha diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice non può senza una espressa disposizione del titolo impedirne o rallentarne il corso, procurandone il ribocco o ristagno.

629. Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza di un

titolo, o colla prescrizione di trent'anni, o per la destinazione del padre di famiglia.

630. Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi che mediante un titolo.

Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle.

631. Nelle servitù affermative il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo servente.

Nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo.

632. La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta per qualunque genere di prova che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù.

633. Cessando i due fondi di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s'intende stabilita attivamente e passivamente a favore e sopra ciascuno dei fondi separati.

634. Nelle servitù pel cui acquisto è necessario il titolo, non si può supplire alla sua mancanza che col mezzo di un documento il quale contenga la ricognizione della servitù e provenga dal proprietario del fondo servente.

635. Il proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano al diritto di usufrutto: coll'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono.

636. La servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso non vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente.

Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sintanto che sia seguita quella dell'ultimo.

La concessione però fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso.

637. Gli scoli derivanti dall'altrui fondo possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all'effetto d'impedire la loro diversione.

Allorchè il modo d'acquisto di tale servitù è la prescrizione, questa non si ha per cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente.

638. Lo spurgo regolare e la manutenzione delle sponde di un cavo aperto sul fondo altrui, destinato e servente a raccogliere e a condurre gli scoli, fa presumere che esso sia opera del proprietario del fondo dominante, quando non vi sia titolo, segno o prova in contrario.

Si reputa segno contrario l'esistenza sul cavo di edifizi costrutti e mantenuti dal proprietario stesso del fondo in cui il cavo è aperto.

639. Il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne.

osi la servitù di attingere acqua alla fonte altrui racchiude il di passaggio nel fondo dove la fonte si trova.

Parimente il diritto di far passare le acque nel fondo altrui comprende quello di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti.

Nel caso in cui il fondo venisse chiuso, dovrà il proprietario lasciarne libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù per l'oggetto sopra indicato.

640. Colui al quale è dovuta una servitù, nel fare le opere necessarie per usarne e conservarla, deve scegliere il tempo e il modo che sia per recare minore incomodo al proprietario del fondo servente.

641. Tali opere debbono farsi a sue spese, salvo che sia diversamente stabilito dal titolo.

Qualora però l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, le opere suddette saranno fatte in comune ed in proporzione dei rispettivi vantaggi, salvo che il titolo disponga altrimenti.

642. Nella servitù di presa e di condotta d'acqua, quando il titolo non disponga altrimenti, il proprietario del fondo servente può sempre domandare che il cavo si mantenga convenientemente spurgato e le sue sponde siano in istato di buona riparazione a spese del proprietario del fondo dominante.

643. Quando pure il proprietario del fondo servente fosse tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante.

644. Se il fondo a cui vantaggio fu stabilita una servitù viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, senza che si renda però più gravosa la condizione del fondo servente: così trattandosi di un diritto di passaggio ciascun proprietario di una porzione del fondo dominante deve usarne nello stesso luogo.

645. Il proprietario del fondo servente non può fare cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù o a renderlo più incomodo.

Non può quindi variare lo stato del fondo nè trasferire l'esercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilita.

Tuttavia se l'originario esercizio fosse divenuto più gravoso al proprietario del fondo servente, o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio de'suoi diritti, e questi non può ricusarlo.

Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù può parimente ammettersi ad istanza del proprietario del fondo dominante, ove questi provi che il cambiamento riesca per lui di notabile vantaggio e non sia di danno al fondo servente.

646. Colui che ha un diritto di servitù non può usarne, se non a norma del suo titolo o del suo possesso, e senza che tanto nel fondo servente, quanto nel dominante possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del primo.

647. Nel dubbio circa l'estensione della servitù, il suo esercizio deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione ed il conveniente uso del fondo dominante col minor danno del servente.

648. Il diritto alla condotta dell'acqua non attribuisce al conducente la proprietà del terreno laterale o sottoposto alla sorgente o al canale conduttore. Le imposte prediali e gli altri pesi inerenti al fondo sono a carico del proprietario di esso.

649. In mancanza di particolare convenzione, il proprietario od altro concedente dell'acqua di una fonte o di un canale è tenuto verso

gli utenti a fare le opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e condotta dell'acqua sino al punto in cui ne fa la consegna, a mantenere in buono stato gli edifizi, a conservare l'alveo e le sponde della fonte o del canale, a praticare i consueti spurghi e ad usare la dovuta diligenza, custodia e vigilanza, affinchè la derivazione e la regolare condotta dell'acqua sieno ai tempi debiti effettuate.

650. Il concedente dell'acqua però, se giustifica essere la deficienza della medesima avvenuta naturalmente od anche per un fatto altrui che non possa in alcun modo essere a lui nè direttamente nè indirettamente imputato, non è tenuto al risarcimento dei danni, ma soltanto ad una diminuzione proporzionata del fitto o prezzo pattuito, tuttora da pagarsi, od anche già pagato, salvo al concedente ed al concessionario il diritto pei danni verso gli autori della deficienza.

Quando gli stessi autori siano convenuti dagli utenti, questi possono obbligare il concedente ad intervenire nel giudizio e a coadiuvarli con tutti i mezzi che sono in suo potere a conseguire il risarcimento dei danni da chi diede causa alla deficienza.

651. La deficienza dell'acqua deve sopportarsi da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza, salvo il diritto al risarcimento dei danni, o alla diminuzione del fitto o prezzo come nell'articolo precedente.

652. Fra diversi utenti la deficienza dell'acqua deve sopportarsi prima da quelli che hanno titolo o possesso più recente, e fra utenti in parità di condizione dall'ultimo utente.

È sempre salvo il diritto al risarcimento dei danni verso chi diede causa alla deficienza.

653. Quando l'acqua sia concessa, riservata o posseduta per un determinato uso, coll'obligo della restituzione al concedente o ad altri di ciò che ne sopravanza, tale uso non può variarsi a danno del fondo a cui la restituzione è dovuta.

654. Il proprietario del fondo vincolato alla restituzione degli scoli o degli avanzi d'acqua non può deviarne una parte qualunque sotto pretesto di avervi introdotto una maggiore quantità di acqua viva od un diverso corpo, ma deve lasciarli nella totalità discendere a favore del fondo dominante.

655. La servitù degli scoli non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di usare liberamente dell'acqua a vantaggio del suo fondo, di cambiarne la coltivazione ed anche di abbandonarne in tutto od in parte la irrigazione.

656. Il proprietario del fondo soggetto alla servitù degli scoli o degli avanzi d'acqua può sempre liberarsi da tale servitù mediante la concessione e l'assicurazione al fondo dominante di un corpo d'acqua viva, la cui quantità sarà determinata dall'autorità giudiziaria, tenuto il debito conto di tutte le circostanze.

657. Coloro che hanno interesse comune nella derivazione e nell'uso dell'acqua, o nella bonificazione e nel prosciugamento de'terreni, possono riunirsi in consorzio, affine di provvedere all'esercizio, alla conservazione ed alla difesa dei loro diritti.

L'adesione degli interessati e il regolamento del consorzio devono risultare da scritto.

658. Costituito il consorzio, le deliberazioni della maggioranza di esso nei limiti e secondo le norme stabilite nel regolamento relativo, avranno il loro effetto in conformità dell'articolo 678.

659. La formazione di tale consorzio può anche venire ordinata dall'autorità giudiziaria sulla domanda della maggioranza degli interes-

sati, e sentiti sommariamente gli altri, quando si tratti dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno. In tal caso il regolamento proposto e deliberato dalla maggioranza è pure soggetto all'approvazione dell'autorità giudiziaria.

660. Lo scioglimento del consorzio non ha luogo se non quando sia deliberato da una maggioranza eccedente i tre quarti, o quando potendo la divisione effettuarsi senza grave danno, essa venga domandata da qualunque degli interessati.

661. In tutto il rimanente si osserveranno per tali consorzi le regole stabilite per la comunione, la società e la divisione.

APPENDICE V.

Sulle ipoteche e sui privilegi.

1948. Chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri.

1949. I beni del debitore sono la garantìa comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un uguale diritto quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione

1950. Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche.

1951. Se le cose soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo il loro grado, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento.

Gli assicuratori sono però liberati, qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che siasi fatta opposizione.

Sono altresì vincolate al pagamento dei detti crediti le somme dovute per causa di spropriazione forzata per pubblica utilità o di servitù imposta dalla legge.

1952. Il privilegio è un diritto di prelazione che la legge accorda in riguardo alla causa del credito.

1953. Il credito privilegiato è preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari.

Fra più crediti privilegiati la prelazione viene dalla legge determinata secondo la qualità del privilegio.

1954. I crediti egualmente privilegiati concorrono fra loro in proporzione del loro importare.

1955. I privilegi sopra i mobili sono generali o speciali.

I primi comprendono tutti i beni mobili del debitore: i secondi colpiscono determinati mobili.

1956. Hanno privilegio sulla generalirà dei mobili nell'ordine seguente i crediti risguardanti

1° Le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione sui mobili nell'interesse comune dei creditori;

2° Le spese funebri necessarie secondo gli usi;

3° Le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore;

4° Le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi ed i salari delle persone di servizio per egual tempo.

1957. Hanno pure privilegio sulla generalità dei mobili del debitore i crediti dello Stato, per ogni tributo diretto dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr'imposte comunali e provinciali.

Tale privilegio non si estende al tributo fondiario.

1958. Hanno privilegio speciale.

1° I crediti dello Stato per i diritti di dogana e di registro e per ogni altro dazio o tributo indiretto sopra i mobili che ne furono l'oggetto;

2° I crediti dei canoni sopra i frutti del fondo enfiteutico raccolti nell'anno, e sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse al fondo e provenienti dal medesimo.

Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso e dell'antecedente;

3° I crediti delle pigioni e dei fitti degli immobili, sopra i frutti raccolti nell'anno, sopra le derrate che si trovano nelle abitazioni e fabbriche annesse ai fondi rustici e provenienti dai fondi medesimi, e sopra tutto ciò che serve a coltivare il fondo affittato od a fornire il fondo medesimo o la casa appigionata.

Questo privilegio ha luogo pel credito dell'anno in corso, dell'antecedente e delle scadenze successive portate dai contratti di locazione, se questa ha data certa, e solo pel credito dell'annata in corso e della susseguente, se non è certa la data della locazione. In ambidue i casi gli altri creditori hanno il diritto di sottentrare nelle ragioni del conduttore, di sublocare durante il tempo pel quale il locatore esercita il suo privilegio, quantunque ciò fosse vietato nel contratto di locazione, e di esigere le pigioni e i fitti, pagando al locatore tutto ciò che gli fosse dovuto con privilegio, e cautelandolo inoltre pel credito non ancora scaduto.

Lo stesso privilegio ha luogo a favore del locatore pei danni recati agli edifizi e fondi locati, per le riparazioni che sono a carico del conduttore, la restituzione delle scorte e tutto ciò che concerne l'esecuzione del contratto.

Il privilegio sopra attribuito al locatore sui mobili di cui è fornita la casa od il fondo locato, comprende non solo quelli di proprietà dell'inquilino od affittuario, e del subinquilino o subaffittuario, ma anche quelli che fossero di proprietà altrui, finchè si trovano nella casa o nel fondo locato, salvo che si tratti di cose derubate o smarrite, ovvero sia provato che il locatore, al tempo dell'introduzione sapeva che le cose introdotte spettavano ad altri.

Il privilegio sopra i frutti ha luogo anche quando essi appartengono al subaffittuario.

Il privilegio sopra le cose che servono a fornire l'immobile locato od alla sua coltivazione, se esse appartengono al subaffittuario, ha luogo per ciò che questi deve, senza tener conto delle anticipazioni.

Il locatore può sequestrare i mobili su cui cade il privilegio, qualora dalla casa o dal fondo locato siano stati trasportati altrove senza il suo assenso, e conserva sopra essi il privilegio, purchè ne abbia promossa l'azione nel termine di quaranta giorni dal trasporto, se si tratta dei mobili di cui era fornito il fondo rustico, o nel termine di giorni quindici, se si tratta dei mobili di cui era fornita la casa, salvi però i diritti acquistati dai terzi dopo il trasporto;

4° I crediti dipendenti dal contratto di masseria, mezzadria o co-

lonia parziaria, tanto in favore dei locatari quanto dei coloni, sulla parte rispettiva dei frutti, e sui mobili di cui sono forniti il fondo e la casa concessi a masseria;

5° Le somme dovute per le sementi ed i lavori di coltivazione e raccolta dell'annata, sui frutti della raccolta;

6° Il credito della persona a cui favore fu costituito il pegno, sopra i mobili di cui il creditore è in possesso;

7° Le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento di mobili, sopra gli stessi mobili conservati o migliorati, sempre che si trovino ancora presso coloro che fecero le dette spese;

8° Le somministrazioni e le mercedi dell'albergatore, sopra gli effetti del viandante che sono stati portati e sono tuttora nel suo albergo;

9° Le spese di trasporto, di dogana e di dazio, sopra gli effetti trasportati che rimangono ancora presso colui che li trasportò, o che sono stati da lui consegnati, semprechè in quest'ultimo caso gli effetti si trovino ancora presso il consegnatario, e l'azione venga promossa entro tre giorni dalla consegna;

10° I crediti di indennità per abusi o prevaricazioni commesse dagli uffiziali pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, sui valori dati per malleveria e sugli interessi che ne fossero dovuti;

11° Le somme dovute dai contabili dello Stato dei comuni o di altri corpi morali per fatti dipendenti dalle loro funzioni, sui valori dati per malleveria e relativi interessi.

1959. Il privilegio per le spese di giustizia indicato nel numero 1 dell'articolo 1956 è preferito a tutti i privilegi speciali accennati nell'articolo 1958.

Gli altri privilegi generali indicati nel detto articolo 1956 sono parimente preferiti al privilegio generale indicato nell'articolo 1957, ed insieme con quest'ultimo sono preferiti ai privilegi speciali indicati nei numeri 2, 3 e 4 dell'articolo 1958, ma sono posposti ai rimanenti privilegi in esso articolo indicati.

1960. Se concorrono crediti aventi speciale privilegio sopra lo stesso o gli stessi mobili, la prelazione si esercita nell'ordine seguente:

Il credito dello Stato è preferito ad ogni altro credito sopra i mobili che furono oggetto dei tributi indicati nel numero 1 dell'articolo 1958;

Sopra i frutti dei fondi concessi in enfiteusi, affittati o dati a colonia sono preferiti ai crediti del locatore e del colono i crediti

1° Per la raccolta,

2° Per la coltivazione,

3° Per le sementi,

4° Pei canoni indicati nel numero 2 dell'art. 1958;

Sopra i mobili di cui è fornita la casa o il fondo, è preferito ai crediti del locatore e del colono il credito indicato nel numero 7 dell'articolo 1958;

Ai crediti indicati nel numero 9 dell'articolo 1958 sono preferiti i crediti indicati nel numero 8 dello stesso articolo.

1961. Il credito per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gli immobili spropriati ed è preferito a qualunque altro credito.

1962. Sono parimente privilegiati i crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente, comprese le sovr'imposte comunali e provinciali, sopra gli immobili tutti del contribuente

situati nel territorio del comune in cui il tributo si riscuote, e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali d'esecuzione autorizzati dalla legge.

Hanno pure privilegio i crediti dello Stato pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili che ne furono l'oggetto. Tale privilegio non può pregiudicare ai diritti reali di ogni genere acquistati sul fondo dai terzi, prima del trasferimento soggetto alla tassa, e non può neppure farsi valere contro i terzi possessori dell'immobile per supplemento di tassa.

Lo stesso privilegio inoltre, per quanto riguarda le tasse di successione, non ha effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e nemmeno a danno dei creditori che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede.

1963. I crediti indicati nell'articolo 1956 saranno collocati sussidiariamente sul prezzo degli immobili del debitore con preferenza ai crediti chirografari.

1964. L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore per assicurare sopra i medesimi il sodisfacimento di un'obbligazione.

Essa è indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte.

Essa è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore.

1965. L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati e per somma determinata in denaro.

1966. L'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato.

1967. Sono capaci d'ipoteca

1° I beni immobili, che sono in commercio, coi loro accessori riputati come immobili;

2 L'usufrutto degli stessi beni coi loro accessori, ad eccezione dell'usufrutto legale degli ascendenti;

3° I diritti dell'concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici;

4° Le rendite sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubbico.

1968. L'ipoteca è legale, giudiziale o convenzionale.

1969. Hanno l'ipoteca legale

1° Il venditore od altro alienante, sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione;

2° I coeredi, i soci ed altri condividenti, sopra gli immobili caduti nell'eredità, società o comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli;

3° Il minore e l'interdetto, sui beni del tutore a norma degli articoli 292 e 293;

4° La moglie, sui beni del marito per la dote e per i lucri dotali.

Quest'ipoteca, se non è stata limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, hà luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente.

Riguardo alle somme dotali provenienti da successione o donazione, l'ipoteca non ha luogo che dal giorno dell'apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, sui beni posseduti dal marito in detto giorno;

5° Lo stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle

spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in esse i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziari.

Quest' ipoteca può essere iscritta prima della condanna in seguito al mandato di cattura, e giova anche alle parti civili pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna.

Alle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni sono preferite quelle della difesa.

1970. Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all' adempimento di un' altra obbligazione la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l' ha ottenuta.

1971. Le sentenze di condanna non producono l' ipoteca giudiziale sui beni di un' eredità giacente od accettata con benefizio d' inventario.

1972. Le sentenze degli arbitri non producono ipoteca, se non dal giorno in cui sono rese esecutive con provvedimento dell' autorità giudiziaria competente.

1973. Le sentenze pronunziate dalle autorità giudiziarie straniere non producono ipoteca sui beni situati nel regno, se non quando ne sia stata ordinata l' esecuzione dalle autorità giudiziarie del regno, salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali.

1974. Coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile possono sottoporlo ad ipoteca.

1975. I beni delle persone incapaci di alienare, e quelli degli assenti non possono essere ipotecati, fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge.

1976. Coloro che hanno sull' immobile un diritto sospeso da una condizione, o risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, non possono costituire che un' ipoteca soggetta alle medesime eventualità, ad eccezione dei casi in cui la legge espressamente dispone che la risoluzione o la rescissione non è operativa a danno dei terzi.

1977. L' ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri.

1978. L' ipoteca convenzionale deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata.

1979. Nell' atto costitutivo dell' ipoteca l' immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura, del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe censuarie dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini.

1980. Qualora i beni sottoposti all' ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento di ipoteca e in mancanza, al pagamento del suo credito.

1981. L' ipoteca si rende pubblica mediante iscrizione nell' uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati.

1982. L' ipoteca legale spettante alla moglie deve, per cura del marito e del notaio che ha ricevuto l' atto di costituzione della dote, essere iscritta nel termine di venti giorni dalla data dell' atto.

Quando l' ipoteca non sia stata ristretta a determinati beni, il notaio deve far dichiarare dal marito la situazione dei beni da lui posseduti, colle indicazioni espresse nell' articolo 1979.

L' iscrizione dell' ipoteca legale spettante alla moglie può in ogni caso essere richiesta da chi ha costituito la dote ed anche dalla moglie senza bisogno di autorizzazione.

1983. L' ipoteca legale spettante ai minori ed agli interdetti deve

essere iscritta nel termine di venti giorni dalla deliberazione del consiglio di famiglia accennata negli articoli 292 e 293, per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione medesima.

L'iscrizione può anche essere richiesta dal minore o dall'interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, come pure dai loro parenti.

1984. Le persone obbligate a prendere l'iscrizione delle ipoteche legali secondo i due articoli precedenti, se non adempiono a tale obbligo nel termine stabilito, sono tenute al risarcimento dei danni, ed incorrono in una multa estendibile a lire mille. Inoltre il tutore e protutore possono essere rimossi dalla tutela o protutela.

Il procuratore del re veglierà all'esecuzione delle accennate disposizioni, promuovendo, ove ne sia il caso, l'applicazione delle pene stabilite e può anche all'uopo richiedere l'iscrizione delle menzionate ipoteche.

1985. Il conservatore delle ipoteche, nel trascrivere un atto di alienazione, deve iscrivere d'uffizio e sotto pena dei danni l'ipoteca legale spettante all'alienante in forza del numero 1 dell'articolo 1969.

Tale iscrizione non avrà luogo se viene presentato un atto pubblico, od una scrittura privata autenticata da notaio, od accertata giudizialmente, da cui risulti che gli obblighi furono adempiuti.

1986. L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenenti al debitore, ma quanto a quelli che sono da lui acquistati dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se non a misura che essi pervengono al debitore.

1987. Per operare l'iscrizione si presentano al detto uffizio il titolo costitutivo dell'ipoteca e due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo.

Queste note devono contenere:

1° Il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore e la loro professione, se ne hanno, come pure il nome del padre loro;

2° il domicilio che sarà eletto per parte del creditore nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche;

3° La data e la natura del titolo ed il nome del pubblico ufficiale che lo ha ricevuto ed autenticato;

4° L'importare della somma dovuta;

5° Gli interessi o le annualità che il credito produce;

6° Il tempo dell'esigibilità;

7° La natura e la situazione dei beni gravati colle indicazioni volute dall'articolo 1979.

1988. Eseguita l'iscrizione, il conservatore restituisce al richiedente i documenti ed una delle due note, la quale deve contenere in calce il certificato da lui sottoscritto dell'effettuata iscrizione con la data e il numero d'ordine della medesima.

1989. Quando l'ipoteca deriva da atto privato, non se ne può ottenere l'iscrizione, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio od accertata giudizialmente.

Il richiedente deve presentare l'originale della privata scrittura coi documenti accessorii, ove occorra: se l'originale si trova depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti avanti indicati.

Venendo presentato l'originale della scrittura privata, deve il me-

desimo coi relativi documenti, se ve ne sono, rimanere depositato nell'uffizio delle ipoteche.

1990. Gli atti seguiti in paese estero che si presentano per l'iscrizione devono essere debitamente legalizzati.

1991. Se l'ipoteca deriva da un atto pubblico ricevuto nel regno o da una sentenza pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno, l'iscrizione può essere domandata, quantunque non sia ancora pagata la tassa di registro a cui sia soggetto il titolo.

In tale caso non è necessaria l'esibizione del titolo, ma le note che si presentano per l'iscrizione devono essere certificate dal notaio che ha ricevuto l'atto o dal concelliere dell'autorità giudiziaria che ha pronunziata la sentenza, e si osservano le disposizioni del capoverso dell'articolo 1946.

1992. L'iscrizione dell'ipoteca non può farsi che per una somma di danaro a tale effetto determinata nell'atto costitutivo o dichiarativo del credito, o in un atto posteriore.

La determinazione della somma, se non è fatta nel titolo constitutivo o dichiarativo del credito nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione.

1993. La validità e la efficacia delle ipoteche e delle iscrizioni sui beni di un debitore fallito sono regolate dalle leggi commerciali.

1994. Il cessionario, la persona surrogata o il creditore che ha in pegno il credito iscritto può far annotare in margine o in calce dell'iscrizione presa dal suo autore la cessione, surrogazione od il pegno, consegnando al conservatore l'atto relativo.

Ove questo sia una scrittura privata od un atto seguito in paese estero si osservano le disposizioni degli articoli 1989 e 1990.

Dopo questa annotazione l'iscrizione non può essere cancellata senza il consenso del cessionario, surrogato o creditore pignoratizio, e le intimazioni o notificazioni che occorresse di fare in dipendenza dell'iscrizione, saranno fatte al domicilio eletto dallo stesso cessionario, surrogato o creditore pignoratizio per quanto riguarda l'interesse dei medesimi.

1995. È in facoltà del creditore, del suo mandatario e del suo erede od avente causa, di variare il domicilio eletto nell'iscrizione, sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione.

Il cangiamento sarà annotato dal conservatore in margine o in calce dell'iscrizione.

La dichiarazione del creditore circa il cambiamento di domicilio deve risultare da atto ricevuto o autenticato da notaio, e rimanere in deposito nell'uffizio del conservatore.

1996. Le iscrizioni sopra i beni di un defunto possono essere fatte colla semplice indicazione della sua persona e nel modo voluto per le altre iscrizioni, senz'obbligo di far menzione degli eredi.

Ove però al tempo dell'iscrizione gli immobili ipotecati appariscano da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa dal debitore, l'iscrizione deve anche essere presa contro questi ultimi, colle indicazioni stabilite dal numero 1 dell'articolo 1987, in quanto risultano dagli stessi libri censuari.

1997. L'iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella nota, ancorchè si giustifichi coll'atto da cui apparisce il debito che la somma dovuta è maggiore dell'enunciata.

Se la somma enunciata è maggiore di quella che è realmente dovuta, l'iscrizione non ha effetto che per quest'ultima somma.

1998. L'omissione o l'inesatezza d'alcuna delle volute indicazioni

nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle due note non producono la nullità dell'iscrizione, fuorchè nel caso in cui inducano assoluta incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato quando ne è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito.

In caso d'altre ommissioni od inesattezze, se ne può ordinare la rettificazione ad istanza e a spese della parte interessata.

1999. Le azioni, alle quali le iscrizioni possono dar luogo contro i creditori, sono promosse avanti l'autorità giudiziaria competente, per mezzo di citazione da farsi ad essi in persona propria o all'ultimo loro domicilio eletto.

Lo stesso ha luogo por ogni altra notificazione relativa alle dette iscrizioni.

Se non si fosse fatta l'elezione di domicilio, o fosse morta la persona o cessato l'uffizio presso cui il domicilio erasi eletto, le citazioni e notificazioni suddette possono farsi all'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa.

Ma trattandosi di giudizio promosso dal debitore contro il suo creditore per la riduzione dell'ipoteca o per la cancellazione totale o parziale della iscrizione, il creditore deve essere citato nei modi ordinari stabiliti dal Codice di procedura civile.

2000. Le spese dell'iscrizione e della rinnovazione sono a carico del debitore, se non vi è stipulazione in contrario.

2001. L'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla sua data.

L'effetto dell'iscrizione cessa, se non è rinnovata prima della scadenza del detto termine.

2002. L'obbligo della rinnovazione delle ipoteche legali a favore dell'interdetto incombe al tutore, al protutore ed al cancelliere della pretura dove sarà a quel tempo il registro della tutela dello stesso interdetto, sotto le pene comminate nell'articolo 1984.

2003. L'obbligo della rinnovazione per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni cessa nel caso di purgazione coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dal titolo di alienazione a norma dell'articolo 2042, e nel caso di spropriazione forzata coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro il compratore pel pagamento del prezzo a norma dell'articolo 2089.

2004. L'iscrizione dell'ipoteca legale della moglie conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio, e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo.

2005. Per ottenere la rinnovazione si presentano al conservatore due note conformi a quelle, della precedente iscrizione, contenenti la dichiarazione che s'intende rinnovare la originaria iscrizione.

Tiene luogo di titolo la nota dell'iscrizione da rinnovarsi.

Saranno osservate dal conservatore le disposizioni contenute nell'articolo 1988.

2006. Se al tempo della rinnovazione gli immobili ipotecati appariscono da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa dal debitore, la rinovazione deve anche essere diretta contro questi ultimi, colle indicazioni stabilite dal numero 1 dell'articolo 1987, in quanto risultano dagli stessi libri censuari.

2007. L'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione, ancorchè si tratti di un contratto di prestito in cui lo sborso del denaro si effettui posteriormente.

2008. Il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado.

Nullameno se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere iscrizione contro la stessa persona o sugli stessi immobili, le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero, facendone menzione nella ricevuta spedita dal conservatore a ciascuno dei richiedenti.

2009. Le ipoteche iscritte allo stesso numero e sugli stessi immobili concorrono tra loro senza distinzione di grado.

2010. L'iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado le spese dell'atto, quelle dell'iscrizione e rinnovazione, e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione.

L'iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi è enunciata, serve inoltre per far collocare allo stesso grado gli interessi dovuti per le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto fatta a norma dell'articolo 2085, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data.

Le parti possono anche con patto espresso, estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori delle sopra accennate, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione.

2011. Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione, come è stabilito nell'articolo 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione.

Questa disposizione si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall'articolo 1962.

2012. Nei casi di purgazione e di spropriazione forzata i diritti dei creditori ipotecari rimangono inalterabilmente fissati con la iscrizione dell'ipoteca legale in favore della massa dei creditori a norma degli articoli 2042 e 2089.

2013. Il terzo possessore dell'immobile ipotecato, che non adempie alle formalità stabilite nella sezione X di questo capo per rendere libera la sua proprietà, è tenuto a rilasciare l'immobile senza alcuna riserva, qualora non preferisca di pagare i crediti iscritti ed i loro accessori a norma dell'art. 2010.

2014. Se il terzo possessore non rilascia l'immobile nè paga i crediti, qualunque creditore munito di efficace ipoteca può far vedere l'immobile.

La vendita però non avrà luogo, se non sono trascorsi trenta giorni dopo il precetto fatto al debitore di pagare, e dopo che tale precetto fu notificato al terzo possessore coll'intimazione di pagare o rilasciare l'immobile.

2015. Il terzo possessore, che ha fatto trascrivere il suo contratto d'acquisto e che non fu parte nel giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso ad opporre le eccezioni che non fossero state opposte dal debitore, purchè non siano meramente personali al medesimo.

Può anche, in tutti i casi, opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna.

Le eccezioni suddette non sospendono però il corso de' termini stabiliti per la purgazione.

2016. Il rilascio dell' immobile soggetto ad ipoteca può eseguirsi da qualunque terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente per il debito, ed abbia la capacità di alienare o sia debitamente autorizzato a farlo.

Questo rilascio non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte.

2017. Le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile, rivivono dopo il rilascio da lui fatto o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguita, come gli spettavano prima del suo acquisto.

2018. Finchè non sia seguita la vendita all'incanto, il terzo possessore può ricuperare l'immobile da lui rilasciato, pagando i crediti a norma dell'articolo 2013 oltre le spese.

2019. Il rilascio dell'immobile si eseguisce con dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale competente per la subastazione, la quale ne spedisce certificato.

Sull'istanza di qualunque degli interessati il tribunale nominerà un amministratore dell'immobile rilasciato, e contro di esso si faranno o proseguiranno gli atti di vendita secondo le forme stabilite per le spropriazioni.

Il terzo possessore è custode dell'immobile rilasciato, finchè questo non sia consegnato all'amministratore.

2020. Il terzo possessore è tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei creditori iscritti, e non può contro essi invocare alcun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti.

Egli ha però diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sino a concorrenza della minor somma che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto.

2021. I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore che dal giorno in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di fare il pagamento o il rilascio; e se la proposta istanza fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, sono dovuti soltanto dal giorno in cui sarà trascritta la rinnovata intimazione.

Nel caso di purgazione per parte del terzo possessore i frutti sono pure dovuti dal giorno della trascrizione del precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione fatta in conformità degli articoli 2043 e 2044.

2022. Il terzo possessore che ha pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile o sofferta la spropriazione, ha ragione d'indennità verso il suo autore.

Ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto, e può far eseguire la relativa annotazione in conformità dell'articolo 1994.

2023. Se il terzo possessore è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma attualmente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ciascuno di essi può obbligarlo al pagamento, purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto.

Se il debito del terzo possessore non fosse attualmente esigibile, o fosse minore o diverso da ciò che è dovuto ai detti creditori, questi possono egualmente, purchè di comune accordo, richiedere che venga

loro pagato sino alla rispettiva concorrenza ciò che egli deve nei modi e termini della sua obbligazione.

Nell'uno e nell'altro caso non si può evitare il pagamento coll' offrire il rilascio dell'immobile; ma eseguito il pagamento, l'immobile s' intende liberato da ogni ipoteca, non esclusa quella spettante al venditore, e il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscrizioni.

2024. La riduzione delle ipoteche si opera col restringerle ad una parte soltanto dei beni indicati nell' iscrizione, o col ridurre a quantità minore la somma per cui l' iscrizione fu presa.

2025. Non è ammessa la domanda di riduzione delle ipoteche nè riguardo alla quantità dei beni nè riguardo alla somma, se l' uno o l'altra sia stata determinata per convenzione o per sentenza.

2026. Le ipoteche legali, eccettuate quelle indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo 1969, e le ipoteche giudiziali devono ridursi sopra domanda degli interessati, se i beni compresi nell' iscrizione hanno un valore eccedente la cautela da somministrarsi, o se la somma determinata dal creditore nella iscrizione eccede da un quinto quella che è dal giudice dichiarata dovuta.

2027. Il valore dei beni è riputato eccedente, quando supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti, accresciuto degli accessori a norma dell' articolo 2010.

2028. Le spese necessarie per la riduzione sono sempre a carico del richiedente.

Se però la riduzione ha luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, le spese sono a suo carico.

Quelle del giudizio sopra contestazioni che venissero fatte, sono a carico del soccombente ovvero compensate secondo le circostanze.

2029. Le ipoteche si estinguono

1° Coll'estinguersi dell' obbligazione;

2° Colla distruzione dell' immobile gravato, salvi i diritti risultanti dall' articolo 1951;

3° Colla rinunzia del creditore;

4° Col pagamento dell' intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione;

5° Collo spirare del termine a cui furono limitate;

6° Col verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta.

2030. Le ipoteche si estinguono parimente colla prescrizione, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie con la prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di trent' anni, secondo le regole stabilite nel titolo ***Della prescrizione.***

2031. Le ipoteche rinascono col credito, se il pagamento vien dichiarato nullo.

2032. L' ipoteca ogni qual volta rinasce prende solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata.

2033. La cancellazione consentita dalle parti interessate sarà eseguita dal conservatore in seguito alla presentazione dell' atto portante il consenso del creditore.

Per quest' atto devono osservarsi le disposizioni degli articoli 1978, 1989 e 1990.

2034. Quegli che non ha la capacità per liberare il debitore, non può consentire alla cancellazione, se non coll' assistenza delle persone il cui intervento è necessario per la liberazione.

2035. Il padre, il tutore ed ogni altro amministratore, ancorchè

autorizzati ad esigere e liberare il debitore, non possono consentire alla cancellazione dell' iscrizione relativa al credito, se questo non viene soddisfatto.

2036. La cancellazione sarà anche eseguita dal conservatore, quando viene ordinata giudizialmente con sentenza o provvedimento passati in giudicato.

Essa verrà ordinata quando l' ipoteca non sussiste o l' iscrizione è nulla.

2037. Se fu convenuto od ordinato che la cancellazione non debba aver luogo che sotto condizione di nuova ipoteca, di nuovo impiego od altra, la cancellazione non sarà eseguita, se non si fa constare al conservatore che le condizioni si sono adempite.

2038. Nel caso di cancellazione totale o parziale, quegli che la richiede, deve rimettere all' uffizio del conservatore l' atto che vi fa luogo.

La cancellazione di un' iscrizione o la rettificazione di essa si eseguirà in margine dell' iscrizione medesima, coll' indicazione del titolo con cui è stata consentita od ordinata, e della data in cui si eseguisce, e porterà la sottoscrizione del conservatore.

2039. Ricusando il conservatore di procedere alla cancellazione di un' iscrizione, la parte richiedente può richiamarsene al tribunale civile, il quale provvederà in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero e sentito pure d' uffizio il conservatore nelle sue osservazioni scritte.

Contro il provvedimento del tribunale è ammesso il richiamo in appello ed in cassazione, in conformità delle leggi generali, osservate le anzidette forme di procedimento.

Il tribunale può ordinare che siano chiamate le persone che si presumono interessate in questo caso, o quando la domanda di cancellazione è proposta direttamente in contraddittorio degli interessati, si osservano le norme del procedimento sommario, sentito il pubblico ministero.

2040. Ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha la facoltà di liberare gli immobili ad ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto.

2041. Tale facoltà gli spetta anche dopo la notificazione del precetto coll' intimazione menzionata nell' articolo 2014, purchè nei venti giorni successivi faccia trascrivere il suo titolo che non fosse stato trascritto, e nel termine di giorni quaranta dopo la notificazione del precetto proceda in conformità degli articoli 2043 e 2044.

2042. L' acquirente non può essere ammesso ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l' ipoteca legale per garantia del pagamento del prezzo della vendita, o del valore dichiarato a norma del numero 3 dell' articolo seguente.

2043. L' acquirente farà notificare per mezzo d' usciere ai creditori iscritti, nel domicilio da essi eletto, ed al precedente proprietario

1° La data e natura del suo titolo;

2° La qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo;

3° Il prezzo stipulato o il valore che dichiarerà, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato;

4° La data della trascrizione;

5° La data e il numero d' ordine dell' iscrizione menzionata nell' articolo precedente;

6° Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra i detti beni, prese contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione.

Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni; nella seconda il nome e cognome dei creditori; nella terza l'importare dei crediti iscritti.

2044. Nell'atto della notificazione il terzo possessore deve eleggere domicilio nel comune ove siede il tribunale competente per la subastazione, e offrire di pagare il prezzo od il valore dichiarato.

Un estratto sommario di questa notificazione sarà inserito nel giornale degli annunzi giudiziari.

2045. Entro il termine di giorni quaranta dalla detta notificazione ed inserzione qualunque dei creditori iscritti o dei relativi fideiussori ha diritto di far vendere i beni all'incanto, purchè adempia alle seguenti condizioni:

1° Che la richiesta sia per mezzo di usciere notificata al nuovo proprietario nel domicilio da lui eletto come sopra ed al proprietario precedente.

2° Che contenga l'obbligazione del richiedente di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato;

3° Che l'originale e le copie di tale richiesta sieno sottoscritti dal richiedente, o dal suo procuratore munito di mandato speciale;

4° Che il richiedente offra cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato come sopra;

5° Che la notificazione contenga citazione del nuovo e del precedente proprietario a comparire dinanzi al tribunale, perchè venga pronunziato sulla ammissibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto.

L'ommissione di alcuna di queste condizioni produce nullità della richiesta.

2046. Se l'incanto non è domandato nel tempo e nel modo voluto dal precedente articolo, il valore dell'immobile rimane definitivamente stabilito nel prezzo stipulato nel contratto o dichiarato dal nuovo proprietario.

Lo stesso immobile resta liberato dalle ipoteche relative ai crediti che non possono venire soddisfatti col detto prezzo.

Riguardo alle altre ipoteche l'immobile ne è liberato a misura del pagamento dei creditori utilmente collocati o mediante deposito nei modi indicati dal codice di procedura civile.

2047. I termini fissati nei precedenti articoli non possono mai essere prorogati.

2048. Essendovi richiesta di vendita all'incanto, si osservano per gli atti preparatorii e per la vendita le forme stabilite dalle leggi di procedura civile.

2049. Il compratore all'incanto, oltre al pagamento del prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, è obbligato a rimborsare l'anteriore acquirente delle spese del suo contratto, della trascrizione, dell'iscrizione voluta dall'articolo 2042, dei certificati del conservatore, della notificazione e della inserzione.

Sono parimente a carico dello stesso compratore le spese fatte per ottenere l'incanto.

2050. Se il terzo possessore si rende egli stesso compratore all'incanto, non è tenuto a far trascrivere la sentenza della vendita.

La liberazione dalle ipoteche a favore dei compratori all'incanto ha luogo in conformità dell'articolo 2046.

2051. La desistenza del creditore che ha richiesto l'incanto, non può impedire la subastazione, quantunque egli pagasse l'importare dell'offerto aumento, eccetto che alla desistenza espressamente annuissero tutti gli altri creditori iscritti.

2052. L'acquirente che è divenuto compratore all'incanto, ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gli interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento.

2053. Nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati e gli altri liberi, o non tutti gravati delle stesse iscrizioni, situati nella stessa o in diverse giurisdizioni di tribunali civili, alienati per un solo e medesimo prezzo o per prezzi distinti e separati, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascun immobile assoggettato a particolari e separate iscrizioni sarà dichiarato nella notificazione dal nuovo proprietario, ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo.

Il creditore maggior offerente non può in verun caso essere costretto ad estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili, fuori di quelli che sono ipotecati pel suo credito, salvo il regresso del nuovo proprietario contro il suo autore pel risarcimento del danno che venisse a soffrire per la separazione degli oggetti compresi nell'acquisto e delle relative coltivazioni.

2054. Il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, di cui è cenno nell'art. 1032, spetta anche a' quei creditori o legatarii che hanno già un'altra garantia sui beni del defunto.

2055. La separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede.

2056. I creditori e i legatari che avessero fatta novazione accettando l'erede per debitore, non hanno diritto alla separazione.

2057. Il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell'aperta successione.

2058. L'accettazione dell'eredità col benefizio dell'inventario non dispensa i creditori del defunto e i legatari che intendono valersi del diritto di separazione, dall'osservare quanto è stabilito in questo titolo.

2059. Il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne la domanda giudiziale.

2060. Lo stesso diritto riguardo agli immobili si esercita mediante l'iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati.

L'iscrizione si eseguisce nei modi determinati dall'articolo 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione dei patrimoni.

Per tale iscrizione non è necessaria l'esibizione del titolo.

2061. Riguardo ai mobili già alienati dall'erede, il diritto alla separazione comprende soltanto il prezzo non ancora pagato.

2062. Le ipoteche scritte sugli immobili dell'eredità a favore di creditori dell'erede, e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi.

2063. La separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, e non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti di poziorità.

2064. L'erede può impedire o far cessare la separazione pagando i creditori e i legatari, o dando cauzione per il pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine, o fosse contestato.

2065. Tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al

vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni regolarmente inscritto sopra gli immobili dell'eredità.

2066. I conservatori delle ipoteche devono a chiunque ne faccia richiesta, dare copia delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni, o il certificato che non ve ne è alcuna.

Devono altresì permettere l'ispezione dei loro registri nelle ore fissate dai regolamenti; ma non è lecito ad alcuno di prendere copia delle trascrizioni, iscrizioni od annotazioni.

I conservatori devono parimente dare copia dei documenti che sono depositati presso di loro in originale, o i cui originali sono depositati negli atti di un notaio o in un pubblico archivio fuori della giurisdizione del tribunale da cui essi dipendono.

2067. I conservatori sono risponsabili per i danni risultanti.

1° Dall'ommissione nei loro registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle relative annotazioni, come pure dagli errori incorsi in tali operazioni;

2° Dall'ommissione nei loro certificati di una o più trascrizioni, iscrizioni od annotazioni, come pure dagli errori incorsi nei medesimi, salvochè l'ommissione o l'errore provenga da indicazioni insufficienti, che non possano venir loro imputate;

3° Dalle cancellazioni indebitamente operate.

2068. Nel caso di qualunque diversità fra i risultati dei registri e quelli delle copie o dei certificati rilasciati dal conservatore delle ipoteche, si starà ai risultati dei registri, ferma la risponsabilità del conservatore per ogni danno che fosse derivato dalle inesattezze delle dette copie o dei detti certificati.

2069. I conservatori non possono in verun caso, e neppure sotto pretesto di irregolarità nelle note, ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di fare le trascrizioni, iscrizioni od annotazioni richieste, nè di spedire le copie o i certificati, sotto pena del risarcimento dei danni arrecati alle parti. A tale effetto possono le parti far stendere immediatamente gli opportuni verbali da un notaio o da un usciere assistiti da due testimoni.

Essi possono però ricusare di ricevere le note ed i titoli se non sono in carattere intelligibile, e non possono riceverli quando non hanno i requisiti voluti dagli articoli 1935, 1978, 1989 e 1990.

2070. I conservatori non possono ricevere alcuna domanda di trascrizione o di iscrizione fuorchè nelle ore determinate dal regolamento, nelle quali l'uffizio è aperto al pubblico.

2071. I conservatori sono obbligati a tenere un registro generale ossia d'ordine, in cui giornalmente annoteranno al momento della consegna ogni titolo che viene loro rimesso per la trascrizione, iscrizione od annotazione.

Questo registro diviso in altrettante caselle esprimerà il numero d'ordine; il giorno della richiesta, la persona dell'esibitore e quella per cui la richiesta vien fatta, i titoli presentati colle note, l'oggetto, vale a dire se per trascrizione iscrizione o annotazione, e le persone rimpetto alle quali devono farsi.

Appena seguita la consegna di un titolo o atto o di una nota, il conservatore nè darà ricevuta in carta libera all'esibitore, senza spesa; la ricevuta conterrà l'indicazione del numero d'ordine.

2072. Oltre al registro generale, devono tenersi dal conservatore registri particolari

1° Per le trascrizioni;

2° Per le iscrizioni soggette a rinnovazione;

3° Per le iscrizioni non soggette a rinnovazione;
4° Per le annotazioni;
Gli altri registri che sono ordinati dai regolamenti.

2073. Il registro generale e i registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle annotazioni saranno vidimati in ogni foglio dal presidente o da un giudice del tribunale civile nella cui giurisdizione è stabilito l'uffizio, indicando nel relativo processo verbale il numero dei fogli ed il giorno in cui sono stati vidimati.

Questi registri saranno scritti di seguito senza lasciare spazi in bianco, nè interlinee e senza aggiunte: le cancellature di parole devono essere approvate dal conservatore in fine di ciascun foglio colla sua firma e coll' indicazione del numero delle parole cancellate.

Tali registri saranno al fine di ciascun giorno chiusi e firmati dal conservatore.

In essi si deve rigorosamente osservare la serie delle date, dei fogli e dei numeri d'ordine.

2074. I registri sopra accennati non possono mai esser levati dall'uffizio del conservatore, fuorchè per ordine di una corte d'appello, quando ne fosse riconosciuta la necessità, e mediante le cautele che verranno determinate dalla stessa corte.

2075. I conservatori sono tenuti di conformarsi nell'esercizio delle loro incombenze a tutte le disposizioni di questo titolo, ed alle altre disposizioni delle leggi che li riguardano, sotto pena di una multa estendibile a lire due mila.

2076. Il creditore per conseguire il pagamento di ciò che gli è dovuto, può far subastare l'immobile che si trova in proprietà del suo debitore, e quando sia ipotecato a garantia del suo credito, può anche farlo subastare dopo che è passato in proprietà altrui.

2077. La subastazione non può esser fatta, per la parte indivisa di un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari, prima della divisione.

2078. Il creditore per procedere all'esecuzione sopra gli immobili non è tenuto ad escutere prima i beni mobili del suo debitore.

2079. Gli atti di esecuzione sopra i beni dotali debbono farsi in contradditorio del marito e della moglie.

2080. Il creditore senza il consenso del debitore non può far subastare gli immobili che sono ipotecati a suo favore, se non quando i beni ipotecati pel suo credito sono insufficienti.

2081. Non può procedersi all'esecuzione sopra gli immobili, che in forza di titolo esecutivo per un debito certo e liquido.

La vendita all'incanto non può aver luogo, se il debito, di qualunque natura esso sia, non è stato prima determinato in una somma di danaro.

2082. Il cessionario di un credito non può istare per l'esecuzione se non dopo di aver notificata la cessione al debitore.

2083. La spropriazione, benchè fatta per una somma maggiore del credito, è valida, salvo il diritto al rimborso dell'eccedente.

2084. Ad ogni domanda per ispropriazione di immobili deve precedere il precetto di pagare fatto a richiesta del creditore nei modi stabiliti dalle leggi di procedura civile.

Il precetto deve contenere l'indicazione dei beni sui quali si vuole agire in ispropriazione, colle indicazioni volute dall'articolo 1979.

2085. Il precetto sarà trascritto in ciascun uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono situati i beni da subastarsi.

Dalla data della trascrizione i frutti dei beni indicati nel precetto

sono distribuiti unitamente al prezzo degli stessi beni il debitore non può alienare i beni medesimi nè i frutti, e ne rimane in possesso come sequestratario giudiziale, eccettochè sull'istanza di uno o più creditori il tribunale reputasse opportuno di nominare un altro sequestratario.

Il Tribunale può autorizzare il sequestratario ad affittare i beni per quel tempo e a quelle condizioni che saranno da esso stabilite, sentiti il debitore, se fu nominato un altro sequestratario, e in ogni caso i creditori istanti.

Se l'istanza di spropriazione è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti accennati nel primo capoverso di questo articolo.

2086. Sono altresì distribuiti unitamente al prezzo degli immobili, i frutti e gli interessi dovuti dal terzo possessore in conformità dell'articolo 2021.

2087. Il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'articolo 2043 se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto.

2088. Se un creditore non avente ipoteca domanda la subastazione di beni non compresi in una sola coltivazione, il cui valore è evidentemente superiore a quello necessario pel soddisfacimento del suo credito e dei crediti ipotecari iscritti sui medesimi beni, il tribunale sull'istanza del debitore può limitare la subastazione a quelli che riconosce sufficienti.

2089. Seguita la vendita all'incanto il cancelliere del tribunale è tenuto entro dieci giorni di far iscrivere a spese del compratore l'ipoteca legale risultante dal detto atto sopra i beni venduti a favore della massa dei creditori e del debitore, sotto pena di una multa estendibile a lire mille e del risarcimento dei danni.

2090. Coll'apertura del giudizio di graduazione si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite perpetue, ed i crediti con mora diventano esigibili; ove però tali crediti non producano interessi, la somma collocata sarà depositata nella cassa dei depositi giudiziali, e gli interessi saranno pagati a chi di ragione.

Per le rendite o prestazioni vitalizie verrà collocata una somma i cui interessi corrispondano alle stesse rendite o prestazioni, eccetto che i creditori posteriori eleggano di cautelarne efficacemente il pagamento in altro modo. Questa somma è riversibile ai creditori dopo estinto il vitalizio.

2091. La collocazione dei crediti eventuali e condizionali non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione di restituire all'occorrenza le somme esatte.

2092. Allorchè dopo la collocazione dei crediti privilegiati e degli ipotecari sopravanza una parte di prezzo, questa sarà distribuita per contributo salva la preferenza stabilita dall'articolo 1963, fra gli altri creditori comparsi, e in mancanza pagata al debitore.

Trattandosi però di un terzo possessore spropriato, il sopravanzo sarà a lui pagato, e gli verrà imputato nelle ragioni di regresso verso il suo autore.

APPENDICE VI.

Sull'ermeneutica del Codice.

§ 1.

421. Le espressioni *beni mobili, effetti mobili, sostanza mobile;* usate solo nella disposizione della legge o dell'uomo, senz'altra aggiunta o indicazione che ne restringa il significato, comprendono generalmente tutto ciò che viene riputato mobile secondo le regole sopra stabilite.

422. La parola *mobili* usata solo nella disposizione della legge o dell'uomo senz'altra aggiunta o indicazione che ne allarghi il significato, o senza contrapposto agli immobili, non comprende il denaro metallico o i suoi rappresentativi, le gemme, i crediti, i titoli di rendita sul debito pubblico e delle imprese commerciali od industriali, i libri, le armi, i quadri, le statue le monete, le medaglie od altri oggetti attinenti a scienze ed arti, gli stromenti propri delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, i cavalli e gli equipaggi, i grani, vini, fieni ed altre derrate, e nemmeno le cose che formano oggetto di un commercio.

423. Le parole *mobilia, mobiliare* comprendono i mobili destinati all'uso ed all'ornamento degli appartamenti, come tappezzerie, letti, sedie, specchi, pendoli, tavole, porcellane ed altri oggetti consimili.

Comprendono anche i quadri e le statue che fanno parte dei mobili di un appartamento, non però le collezioni di quadri, di statue, di porcellane ed altre che possono essere nelle gallerie o camere particolari.

424. L'espressione *casa mobiliata* comprende la sola mobilia: l'espressione *casa con tutto quello che vi si trova* comprende tutti gli oggetti mobili, ad eccezione del denaro o dei suoi rappresentativi, dei crediti od altri diritti, i cui documenti si trovano nella medesima.

§ 2.

1131. Nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè stare al senso letterale delle parole.

1132. Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere nel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbe avere alcuno.

1133. Le parole che possono avere due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.

1134. Il patto ambiguo s'interpreta secondo ciò che si pratica nel paese dove fu stipulato il contratto.

1135. Nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso ancorchè non vi sieno espresse.

1136. Le clausole dei contratti s'interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero.

1137. Nel dubbio il contratto s'interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione.

1138. Per quanto sieno generali le espressioni di un contratto, esso non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si sono proposte di contrattare.

1139. Quando in un contratto si è espresso un caso affine di spiegare un patto, non si presume che siansi voluti escludere i casi non espressi ai quali secondo ragione può estendersi lo stesso patto.

FINE DEL VOLUME PRIMO.

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL VOLUME PRIMO.

Sezione II.

TITOLO I.

TITOLO II.

LIBRO SECONDO.

Sezione I.

Sezione II.

TITOLO I.

APPENDICI.

LIBRI SCOLASTICI

che trovansi presso i medesimi Editori.

LA GRAMMATICA DEL MIO FELICINO, Conversazioni offerte a' Giovanetti studiosi da ULISSE POGGI Prof. di Letteratura Italiana nel R. Liceo di Reggio nell' Emilia. — Un volume. . *Lire it.* 2

BERTOLINI (Francesco). STORIA ROMANA DAI PIÙ ANTICHI TEMPI FINO ALLA CADUTA DELLA REPUBBLICA, scritt ad uso della Gioventù italiana. — Un volume. 4

RAFFAELLI (Pietro). COMPENDIO DI STORIA UNIVERSALE, dalla creazione del mondo fino ad Augusto. — Un volume 3

ARIOSTO (Lodovico). ORLANDO FURIOSO, conservato nella sua epica integrità, e recato ad uso della Gioventù dall'ab. *Gioacchino Avesani*, e corredato di Note storiche e filologiche. — Un grosso vol. . . . 5. 60

ELEMENTI DI ARITMETICA di GIOVANNI NOVI, professore di Algebra nella R. Università di Pisa. — Un volume. 1. 25

TRATTATO DI ARITMETICA di GIUSEPPE BERTRAND. Prima traduzione italiana con note ed aggiunte di Giovanni Novi, Professore di Algebra nella R. Università di Pisa. — Un volume. 3. 25

TRATTATO DI ALGEBRA ELEMENTARE di GIUSEPPE BERTRAND. Prima traduzione italiana con note ed aggiunte di Enrico Betti, Prof. di Algebra nella R. Università di Pisa. — Un volume. 3. 25

TRATTATO DI TRIGONOMETRIA di G. ALFREDO SERRET. Prima traduzione italiana con note ed aggiunte di Antonio Ferrucci, Professore di Geometria e Geodesia nel Liceo militare. — Un vol. . 3. 25

TRATTATO DI GEOMETRIA ELEMENTARE di A. AMIOT. Prima traduzione italiana con note ed aggiunte di G. Novi, Professore di Algebra nella R. Università di Pisa. — Un volume con un atlante di 59 tavole. 6. 75

TRATTATO DI ALGEBRA SUPERIORE di GIOVANNI NOVI, prof. di Algebra superiore nella R. Università di Pisa. — *Parte prima*, ANALISI ALGEBRICA 10. 00

CORNELIO NIPOTE. DELLE VITE DEGLI ECCELLENTI CAPITANI, illustrate con spiegazioni e note per cura di C. Gatti. — Un vol. . 1. 50

LE FAVOLE DI FEDRO corredate di spiegazioni e note italiane per cura di Carlo Gatti. — Un volume. 1. 00

COMPENDIO DEGLI AMMAESTRAMENTI DI LETTERATURA di Ferdinando Ranalli fatto da lui medesimo per uso delle Scuole. *Seconda edizione, corretta ed ampliata.* — Un volume. . . 4

TEORICA DE' VERBI ITALIANI, nuova edizione pubblicata per cura di Luigi Delâtre, preceduta da un *Trattato sulla formazione del verbo* e seguita da un *Saggio sulle sue funzioni*. 2. 75

LIBRO DI PRIME LETTURE, di Matteo Trenta. — Un vol. 1. 50

SILLABARIO, compilato da M. Cuturi e S. Benedetti. 1. 00

LA PRONUNCIA DELLA LINGUA GRECA esposta praticamente, per l'uso degl' Italiani e delle scuole, da Gherardo Nerucci, maestro di Grammatica Greca nel Ginnasio di Pistoia, e a cui fan seguito alcune appendici risguardanti lo studio del Greco tanto antico che moderno. — Un volume. 2. 00

GRAMMATICA DELLA LINGUA ITALIANA di GIUSEPPE CALEFFI; edizione quarta, corretta ed arricchita di osservazioni secondo i manoscritti dell'Autore, per cura di Ulisse Poggi. — Un vol. 3. 50

NUOVO SILLABARIO con parole d'esempio disposto sotto la direzione dell' Ispettore generale delle Scuole Primarie e Normali Commendatore RAFFAELLO LAMBRUSCHINI, Senatore del Regno. . *Cent.* 30

DEI MIGLIORI MODI D'INSEGNARE A LEGGERE. Consigli dell' Ispettor generale delle Scuole Primarie e Normali Comm. RAFFAELLO LAMBRUSCHINI, Senatore del Regno. . . . *Cent.* 30

TABELLE DELLE SILLABE PER USO DELLE SCUOLE, disposte dall' Ispettore generale delle Scuole Primarie e Normali Comm. RAFFAELLO LAMBRUSCHINI, Senatore del Regno. 1

DIALOGHI SCELTI di AUGUSTO CONTI, Prof. di Storia della Filosofia nella R. Università di Pisa, per utilità delle Scuole. — Un vol. 3. 50